

C) PRÓLOGOS, PRESENTACIONES, NECROLOGÍAS,
NOTAS BIOGRÁFICAS Y BIBLIOGRÁFICAS

(1936-1976; núms. 1-34)

a) Prólogos

1936

1) Advertencia preliminar al "Derecho Procesal Civil" de James Goldschmidt.* a

Pp. V-VII

1) La personalidad del profesor James Goldschmidt, procesalista de máximo relieve en su patria, tan pródiga en tratadistas de la especialidad, de talla extraordinaria, no necesita ser descubierta por nosotros. Sólo, pues, como presentación, más que del autor, de la obra que "Editorial Labor" lanza en estos momentos al mercado de habla hispana, unas líneas que expliquen su naturaleza y alcance.

2) La versión española del *Derecho Procesal Civil* de Goldschmidt está tomada de la segunda edición alemana (Berlín, "Julius Springer", 1932), que lo mismo que la primera (aparecida en 1929), figura bajo el número XVII, entre los volúmenes publicados por la "Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft" (Enciclopedia de la Ciencia Jurídica y Política). Entre ambas ediciones, aparte aquellas diferencias impuestas por el transcurso de los años (reformas legislativas operadas, nuevas aportaciones bibliográficas y de jurisprudencia, etc.), las variantes más destacadas son: a) la colocación de citas y observaciones al pie de la página correspondiente, detalle que faltaba por completo en la primitiva tirada y que hacía difícil o imposible confrontar las referencias o afirmaciones de otros autores recogidas por Goldschmidt en su libro, y b) la inclusión de párrafos nuevos, como el 15 a (acciones de mandamiento), el 41 a (abogacía), el 70 a (sucesión en la situación jurídica) y, sobre todo, el 10 a y el 10 b, dedicados al estudio, en líneas generales, del

* Vertido al castellano por Leonardo Prieto Castro y con "Adiciones sobre la doctrina y la legislación española" redactadas por mí. Barcelona, "Editorial Labor, S. A.", 1936. XVI, 916 pp., incluidas en ellas como apéndice la traducción de la ley de introducción al código procesal civil alemán y la del texto de éste, o sea, la *Zivilprozessordnung* de 1877.

a Por sí y ante sí, la casa editora suprimió, sin mi conocimiento ni mi consentimiento, una gran parte de la "Advertencia Preliminar", a saber: casi todo el número 2 (desde "Entre ambas ediciones", al final) y los números 7 a 10 por completo. Sin embargo, al cabo de treinta años, en 1966, recuperé en casa de unos parientes la copia mecanografiada del texto completo, que por verdadera casualidad escapó del saqueo sufrido por mi casa de Valencia al comienzo de la guerra civil. Esa circunstancia me permita darlo hoy íntegro a la imprenta, rebasados los cuarenta años de su mutilada aparición en España. Y aunque con tan enorme retraso, vaya un afectuoso tirón de orejas al querido amigo y compañero de exilio Manuel Sánchez-Sarto, que fue quien en 1936 ordenó o autorizó los cortes en cuestión. Postrera aclaración: las notas a-j se han redactado ahora con fines de actualización.

proceso civil austríaco y al de las fuentes (leyes y literatura fundamentales) del derecho procesal civil de los diferentes países de la Tierra, si bien, estos dos últimos párrafos sólo en pequeña parte son debidos a Goldschmidt: el *10 a* es obra del profesor Schima, de Viena, y en el *10 b* han colaborado el profesor Borchard, de la Yale University (New Haven, Connecticut), por lo que al derecho norteamericano se refiere, y los doctores Fragistas, de Salónica, y Schönke, de Berlín, por lo que a la reunión de datos de las demás naciones afecta.

3) Mas si dejamos al margen las divergencias apuntadas, una y otra edición coinciden en ser el desarrollo —o si queremos, la aplicación— en un tratado de derecho procesal civil de las ideas sustentadas por el profesor Goldschmidt en el más famoso y discutido de sus libros: *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens* (El proceso como situación jurídica: Crítica del pensamiento procesal) (Berlín, "Julius Springer", 1925, XI-602 pp. —2ª ed., Aalen, 1962—). Así lo manifiesta el autor en el prólogo de la primera edición de su tratado (p. VII) y así se comprueba también en la segunda, con sólo fijarse en las referencias que a las páginas del indicado estudio se hacen en la presente obra. Por todo ello, y para la mejor inteligencia de la traducción que sigue, no estarán de más algunas consideraciones respecto a lo que representa *Der Prozess als Rechtslage* en la evolución de la doctrina procesal.

4) El año 1868 marca una fecha decisiva en el desarrollo de la disciplina procesal. Es entonces cuando Oskar von Bülow publica *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales) (Giessen, a. cit.),^b a partir de la cual se hace arrancar la ciencia procesal moderna (admitiendo que se pueda calificar de *científico* el estado de los conocimientos procesales antes de la expresada época). Desde ese momento, el *proceso*, con independencia de su examen como *procedimiento*, se considera como *relación jurídica* (prescindimos de los antecedentes de la concepción bülowiana, tanto próximos —Hegel, Bethmann-Hollweg— como remotos —Bulgaro de Sassoferato—; cfr. Chiovenda, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Napoli, 1933, pp. 50-1—), y esta explicación de la naturaleza del proceso, que originariamente brota en el campo del proceso civil, va poco a poco invadiendo las demás zonas procesales, y así la vemos penetrar en el área del proceso penal, en la del proceso administrativo, en la del proceso canónico, en la del proceso industrial (sobre este punto, nuestro trabajo, próximo a publicarse, *El derecho Procesal: Su enseñanza y su estudio*).^c Sin embargo, esa relación jurídica que como

^b Traducida, bajo el título encerrado en el paréntesis, por Miguel Ángel Rosas Lichtscheim (Buenos Aires, 1964).

^c Literalmente lleno de fichas, notas y apuntes para su puesta al día, sigue aguardando turno de publicación. Y cuando éste llegue, si llega, es casi seguro que de la primitiva redacción subsista muy poco. En cuanto a la denominación "proceso industrial", la mantengo, por ser la que en 1936 utilicé; pero debe entendiérsela sustituida por *laboral*: véase *supra*, reseña 61.

tesis explicativa del *proceso* daba al derecho procesal un cimiento y, sobre todo, una tonalidad científica que con anterioridad le faltaba, venía siendo entendida por los tratadistas de las más variadas maneras: así, mientras unos esiman que el proceso *es* una relación jurídica, para otros la *establece*, y en tanto un sector aprecia *una sola* relación jurídica, que progresivamente se desenvuelve, son varios los que reputan que el proceso se compone de *una serie* de relaciones jurídicas. La divergencia surge asimismo en cuanto a la determinación de quiénes sean *sujetos* de dicha relación, pues al paso que hay autores en cuya opinión lo son *sólo las partes*, la mayoría sostiene que la relación es *triangular*: las dos partes y el juez. En cuanto a la situación de las partes entre sí, se considera en algunos libros como de *derecho privado*, en los restantes como de *derecho público*; por unos procesalistas, como relación *inmediata*, mientras que los demás afirman que el nexo entre ambas se verifica *por medio del juez*. A su vez, hay quienes entienden que entre las partes surgen *derechos y obligaciones*, en tanto que una corriente doctrinal distinta reconoce únicamente la presencia de *ligámenes* entre aquéllas; y éstos en ocasiones son caracterizados como *presupuesto*, en tanto que en otras como *consecuencia* de la actuación procesal. Y por lo que atañe a la *triangularidad* de la relación jurídica procesal, se concibe por unos procesalistas como *sencilla* y por otros como *doble*. Finalmente, el proceso es contemplado en los últimos años como una relación de *puro derecho público*, o sea exclusivamente como una relación jurídica entre las partes por un lado y el tribunal por otro (Acerca de esta diversidad interpretativa que en torno a la idea de relación jurídica se manifiesta, cfr. Goldschmidt, *Prozess als Rechtslage*, pp. 1-4, que nos han servido de base para el precedente resumen).

5) La imprecisión que alrededor del concepto de relación jurídica se cierce, y el hecho, también registrado por Goldschmidt, de que los grandes sistematizadores del derecho procesal, después de dedicar al estudio de aquélla un capítulo en sus obras, no volvieron a preocuparse de la misma en el resto (*Prozess als Rechtslage*, p. 149), son dos de los factores que engendran el movimiento doctrinal de reacción contra la mencionada teoría, al que podemos encontrar como antecedente la postura de aquellos autores que, como Kisch (*Deutsches Zivilprozessrecht*, 1ª ed., Berlín-Leipzig, 1909, vol. I, p. 16; en la traducción española, tomada de la 4ª ed. alemana —Madrid, 1932—, véase la p. 21), niegan la existencia en el proceso de verdaderas *obligaciones* (en su lugar, los que denomina *estados de ligamen: Zustände der Gebundenheit*), y que culmina dentro de la ciencia alemana principalmente en dos libros: los *Grundlagen des Prozessrechts* de Wilhelm Sauer (1ª ed., Stuttgart, 1919; 2ª idem, 1929)^d y en el trabajo de Goldschmidt a que venimos aludiendo. [Por los mismos años que Goldschmidt, bien que por caminos diferentes, un insigne procesalista italiano, Carnelutti, se siente también impulsado a buscar una nueva y más satisfactoria explicación de la naturaleza jurídica del

^d Veinte años largos después, con título cambiado y reelaborada a fondo, Sauer sacó una tercera edición de su obra: *Allgemeine Prozessrechtslehre, zugleich eine systematische Schulung der ziviltischen und der kriminalistischen Praxis* (Köln, Berlin, 1951).

proceso —cuyo fin cifra en lograr la justa composición de la litis—, y llega asimismo a la conclusión de que en él no existen, como regla, derechos y obligaciones, sino “*poderes jurídicos*” y “*cargas*, como consecuencia de ser casi siempre la norma procesal de carácter *instrumental* y sólo en contados casos de tipo *material* —cfr. sus *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, comenzadas a publicar en Padova, 1919, luego reimpresas varias veces; especialmente interesante el tomo I, “Introduzione”, de los siete de que consta la obra—. [A esa tendencia a negar, en forma más o menos absoluta, la existencia de *obligaciones procesales*, se reduce, en nuestra opinión, la afinidad que Viando, profesor de Parma, creyera encontrar entre las construcciones del profesor de Berlín y el profesor de Padua]. Después de 1925, en que aparece la obra de Goldschmidt, el movimiento revisionista frente a las dos teorías sobre las que el derecho procesal venía articulándose (la del proceso como relación jurídica y la de la pretensión de tutela jurídica —*Rechtsschutzanspruch*—, esta última debida a Wach, acaso el más genial cultivador que la ciencia procesal haya tenido),^e persiste, y así lo muestran, entre otros, algunos trabajos de Augusto Hegler, Sperl, Rosenberg y Binder (Acerca de ellos, nuestro anunciado libro *El Derecho Procesal: Su enseñanza y su estudio*; véase *supra*, nota c).

6) Sin extendernos en consideraciones respecto de los puntos de vista sustentados por los autores que acabamos de mencionar, resumiremos en pocas líneas el pensamiento central de la obra de Goldschmidt. Para el profesor de Berlín, el proceso no puede seguir siendo considerado como una *relación jurídica*, sino como una *situación de derecho*. Y ¿qué es, en definitiva, esa *situación jurídica*, categoría incorporada a la ciencia procesal por Kohler? (cfr. *Prozess als Rechtslage*, p. 253). Pues, en síntesis, según la definición de Goldschmidt, *el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes* (ob. cit., p. 259). O en otros términos: que los *derechos y obligaciones* inherentes a la idea de *relación jurídica* (ésta se ha comparado a una medalla cuyo anverso fuere el derecho y cuyo reverso fuese la obligación; cfr., verbigracia, Carnelutti, *Lezioni*, cit., vol. I, p. 46) son reemplazados por esas expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas, integrantes de la situación de derecho, es decir, que el lector va a enfrentarse con una obra construida desde el principio al fin con arreglo a una concepción del proceso esencialmente distinta de la que ha servido —y continúa siéndolo— para redactar la totalidad casi nos atreveríamos a decir de las sistematizaciones *procesales* (a un lado, por tanto, las meramente *procedimentales*) aparecidas a contar del último tercio del siglo xix. De aquí la necesidad de esta primera nota explicativa.

7) ¿Juicio respecto de la obra de Goldschmidt? Es innegable que el libro en cuestión, que es el resultado de quince años de una magna labor de consulta y de documentación, supone, desde luego, un formidable esfuerzo cons-

^e Desde distinto ángulo, el tema fue retomado por Schönke en libro determinante de una réplica de Allorio y de un artículo de Pohle: véanse sus títulos en las pp. 69, 96 (nota 204) y 149 (nota 484) de mi volumen *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965* (México, 1968).

tractivo —y casi nos atreveríamos a decir que abruma un poco el imponente aparato bibliográfico sobre que está montado—; pero en cuanto a la consecución de los objetivos propuestos, ha sido juzgado de muy diferente manera. Así, mientras para Kisch (“Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht”, 1926) “es uno de los más importantes trabajos, si es que no el más importante, de los aparecidos en muchos años en Alemania”, en el propio país Wenger (“Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte”, 1926) le reprocha su interpretación arbitraria del derecho romano; Sauer (“Festgabe für Richard Schmidt”, 1932, p. 311) afirma que el concepto de situación jurídica “no implica ningún fundamental avance en la teoría general del derecho”, y Neuner cree que se trata de una concepción más sociológica que jurídica (“Zeitschrift für deutsches Zivilprozess”, 1926, p. 50). (Más indicaciones críticas, en el texto, notas 5-13 del & 2.)

8) Por su parte, en Italia sufre la crítica de Calamandrei, que echa de menos en *Der Prozess als Rechtslage* “la genial concisión de algunos clásicos estudios de Bülow y de Wach que en la edad de oro de la ciencia procesal alemana aparecían de año en año en las revistas, para establecer en pocas pero definitivas páginas los fundamentos de la teoría del proceso, sin perder jamás de vista los fines prácticos de la reforma procesal”. “Ahora, en cambio —prosigue—, llegado a la última página de volúmenes tan densos, como los de Sauer o Goldschmidt, el lector se preguntará en vano qué contribución podrá derivarse de tales trabajos para la jurisprudencia práctica y para el mejoramiento de la legislación positiva: el esfuerzo de virtuosismo teórico en ellos contenido es admirable, pero no me parece —concluye— que ayuden nada a que la justicia sea menos injusta de lo que es”. Y como reproche final que Calamandrei hace al profesor de Berlín, la escasa —casi nula— atención dedicada a la bibliografía procesal italiana (“Rivista di Diritto Processuale Civile”, 1927, I, pp. 219-26, especialmente, p. 225).^f

9) En la propia Italia, Manzini, al publicar el primer volumen de su *Trattato di Diritto Processuale Penale* (Torino, 1931) cree (cfr. p. 72, nota 3) que el esfuerzo de Goldschmidt se reduce “a una mera y poco precisa variación de palabras”, ya que la situación de derecho no es otra cosa que una relación jurídica, observación que también se le había formulado al autor en Alemania (cfr. en el texto la nota 6 del § 2); y Florian, enemigo acérrimo de la concepción unitaria del derecho procesal, reprocha a Goldschmidt el haber expuesto su doctrina pensando en los dos procesos —el civil y el penal—, y entiende que no corresponde al contenido y a los fines del segundo de ellos (*Principi di Diritto Processuale Penale*, 2ª ed., Torino, 1932, p. 77;

^f Más tarde, Calamandrei cambió radicalmente de actitud respecto de Goldschmidt, en el artículo *Un maestro de liberalismo procesal*, en los “Estudios en memoria de James Goldschmidt” que la “Revista de Derecho Procesal” argentina dedicó a éste en el décimo aniversario de su fallecimiento (véase vol. I, pp. 159-67), mientras que, por el contrario, otro italiano, Liebman, siguió mostrándose adverso a la doctrina fundamental del home-najeado, en su trabajo *La obra científica de James Goldschmidt y la teoría de la relación procesal* (vol. II, pp. 57-73). Véanse, además, las notas g-j.

traducción española, con el título de *Elementos, etc.*, Barcelona, 1934, p. 83). Y tampoco se muestra muy convencido de las ventajas que la sustitución de un término por otro reporte, Walsmann al hacer la crítica en *Judicium* (la revista de la asociación de profesores alemanes de derecho procesal civil) de la primera edición del libro que hoy ofrece "Labor" a sus lectores (año I, 1928/9, p. 317-320).

10) A nuestro entender, en *Prozess als Rechtslage* la parte *destructiva* supera en mucho a la *constructiva*, por lo que a resultados se refiere, es decir, que Goldschmidt muestra con precisión insuperable los defectos de la relación jurídica, pero no acierta en igual medida respecto del sustitutivo que propugna. Por eso, no cabe sepultar sin más a la primera, para entregarse por entero a la segunda; por eso, después de Goldschmidt los tratados procesales que se publican no se deciden a seguir sus huellas.⁸ Con todo, el esfuerzo de Goldschmidt no es baldío: el resultado de su labor es distinto del que su autor se propuso obtener, mas no por ello menos interesante: no es aún la hora de arrinconar como inútil e infructuosa la doctrina de la relación jurídica para reemplazarla por la de la situación de derecho, pero sí la de someter el primer concepto a una intensa reelaboración, que lo determine y purifique.⁹ Y como páginas las más sugestivas de la obra, las que contienen la clasificación y examen de los actos procesales, en especial de los de las partes.¹

11) La bibliografía procesal española se ha hecho ya eco de la mencionada doctrina de Goldschmidt. Véanse, por ejemplo, los siguientes trabajos: Marcos Pelayo, *Guía para un curso de procedimientos judiciales* (Madrid, 1929; pp. 116-7); Silva Melero (Valentín), *Contribución al estudio de la relación jurídica procesal* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", número de agosto-septiembre de 1930, pp. 156-69); Luna (Antonio), *El proceso, ¿es una relación o una situación jurídica?* (en "Revista de los Tribunales", número del 17 de enero de 1931, pp. 37-38 y 43-45); Miguel y Romero (Mauro), *Principios del moderno Derecho Procesal* (Valladolid, 1931, pp. 425-37), y Prieto Castro (Leonardo), *El Derecho Procesal y su enseñanza universitaria* (Granada, 1932, p. 14).¹

⁸ Sin embargo, y aparte el hecho significativo de haberse llevado a cabo una segunda edición de *Der Prozess als Rechtslage* en 1962 (véase *supra*, núm. 3), su influjo se revela evidente en uno de los mejores libros de la literatura procesal alemana de la postguerra: el de Walter Niese, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen: Ein Beitrag zur allgemeinen Prozessrechtslehre* (Göttingen, 1950). Véase, además, en el citado homenaje a Goldschmidt, el artículo de Eberhard Schmidt, *Las repercusiones de la obra científica de James Goldschmidt sobre la legislación y la ciencia de Alemania* (vol. II, pp. 281-93).

⁹ Cfr. Alcalá-Zamora, *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso* (en "Rev. Der. Proc." arg., cit., 1952, I, pp. 217-77, y ahora en mis "Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.", tomo I, pp. 377-452), núm. 50.

¹ Véase mi artículo *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*, en el homenaje cit., vol. I, pp. 49-76, y ahora en "Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.", tomo II, pp. 53-81.

¹ Agregaré estos dos: Alcalá-Zamora, *James Goldschmidt. Bio-bibliografía* (Berlín, 1874-Montevideo, 1940), impreso a la vez en la edición póstuma de su libro *Problemas Generales del Derecho* (Buenos Aires, 1944), pp. 143-66, y en mis "Ensayos de Derecho Procesal"

1945

2) *Prólogo de "La Casación Civil" de Piero Calamandrei* (En el tomo I, volumen I, pp. 9-16, de su traducción castellana por Santiago Sentís Melendo; Buenos Aires, "Editorial Bibliográfica Argentina", 1945).

1) *El maestro y el discípulo*. Cuando en 1937 falleció el gran renovador del procesalismo italiano, Calamandrei reunió en un folleto, bajo el epígrafe *In memoria di Giuseppe Chiovenda* (Padova, 1938), tres precedentes artículos suyos relativos al extinto profesor de Roma y uno nuevo motivado precisamente por su muerte. Aunque nacidos con independencia, esos cuatro trabajos, al asociarse bajo el signo de un homenaje póstumo, se convirtieron en capítulos donde se reflejaba, con perfecta unidad expositiva, la vida y la obra, a cual más ejemplar, de Chiovenda. *El sistema* (1925), *La escuela* (1928), *El método* (1930), *El maestro* (1937):¹ tales son los títulos de esa serie de artículos, que para ser completa, debió haber incluido uno más, que dijese: *El discípulo*, acaso omitido, más que por las dificultades del autorretrato, que habrían sido vencidas sin dificultad por tan hábil pintor, como una muestra más de veneración hacia el insigne desaparecido. Porque si bien Chiovenda ha dejado tras sí, en Italia y fuera de ella (principalmente en España y América), una estela de discípulos, como probablemente ningún otro procesalista, el discípulo por antonomasia y, al mismo tiempo, el que nos da la medida exacta de su gigantesca talla de maestro —superior, en mi modesta opinión, a la propia labor personal, aun habiendo alcanzado ésta (más quizás en los *Saggi* que en los *Principii* o las *Istituzioni*) alturas rara vez igualadas— es, sin duda, Piero Calamandrei. No estará de más, sin embargo, que puntualicemos lo que por discípulo haya de entenderse cuando el término se aplica a figura de tan excepcional relieve, como Calamandrei.

2) Por la consubstancial relación de descendencia que entre maestro y discípulo existe en el orden de la generación espiritual, se propende con frecuencia a considerar al segundo como de jerarquía inferior al primero. Ello es exacto cuando el temperamento tímido, supeditado o adulador del discípulo, o su falta de iniciativa para elevarse desde la imitación o el calco a la creación, le impiden pasar de la categoría de alumno o de ayudante y transformar las enseñanzas recibidas, en germen fecundo de cosecha propia y en afirmación vigorosa de una personalidad inconfundible, que incluso puede llegar a sobrepasar la del maestro: Platón y Sócrates, Aníbal y Amílcar Barca o Velázquez y Pacheco, confirman, entre otros muchos, y en campos de actividad tan distantes, como la filosofía, el arte militar y la pintura, lo que

(Buenos Aires, 1944), pp. 691-706 —motivo por el que no se recoge ahora *sub d*—, y Alsina, *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica*, en "Rev. Der. Proc." arg., cit., 1952, I, pp. 1-12. Véase, finalmente, *infra*, C, d, 34.

¹ Publicados, respectivamente, en "Archivio Giuridico", vol. XCII, fasc. I (1924), vol. CI, fasc. I (1929) y vol. CV, fasc. I (1931) y en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1937, I, fasc. 4.

acabamos de decir. Al expresarnos de ese modo, no pretendemos sostener que Calamandrei supere a Chiovenda, como tampoco lo contrario, porque si las comparaciones resultan siempre odiosas, mucho más lo son cuando se intentan entre quienes vivieron ligados por la máxima compenetración y el mayor afecto; queremos indicar tan sólo que Calamandrei, pese a proclamarse discípulo de Chiovenda —con la misma devoción y el mismo justificado orgullo con que éste reconoció en su día el supremo magisterio de Wach²— así como también de Lessona (el ilustre tratadista de la prueba, a quien va dedicada la obra que prologamos), es, a la vez, maestro eminente, entre cuyos discípulos predilectos destaca Santiago Sentís Melendo, que ha tenido el acierto y la fortuna de pagarle en moneda de oro su deuda de gratitud intelectual, dando a conocer en castellano la mayor y la mejor parte de la obra producida por el procesalista de Florencia.³ Maestro de discípulos, podríamos llamar a Calamandrei, en el doble sentido de haber formado una pléyade de investigadores nutridos en sus métodos y en el de brindar él mismo un ejemplo insuperable de cómo es posible conjugar la más fervorosa veneración hacia los pensadores de quienes derive la propia filiación científica, y la postulación de ideas independientes y aun contrarias a las que aquéllos sustentaron, sin que tal proceder revele deslealtad o insubordinación, sino, simplemente, libertad de pensamiento e inquietud para hallar la verdad, que son los dos indispensables propulsores para el avance de la ciencia. En una época de iconoclastia suicida y de engreimientos insoportables, hasta en los principiantes, la actitud de Calamandrei, que son el cenit de su fama sigue rindiendo culto a sus maestros, representa, entre tantas bellas páginas salidas de su pluma, una de sus más admirables lecciones. Y casi diríamos que la más admirable de todas, si no fuese porque además de la espléndida calidad de su obra científica, Calamandrei ha demostrado en otras direcciones (desde el decoro de su conducta ciudadana durante la prolongada dictadura sufrida por su patria, hasta su manera de practicar la amistad o su modo de sentir la solidaridad universitaria, incluso hacia los profesores extranjeros víctimas del intervencionismo fascista) una nobleza moral a la que ni sabría ni podría rendir mejor homenaje que reputándola digna de un auténtico caballero español.

3) *Piero Calamandrei*. No aspiro, en pocas líneas y con menores disponibilidades de tiempo, a realizar un estudio bio-bibliográfico de nuestro autor, y ni siquiera a suministrar los principales datos acerca de su actividad intelectual, que el lector encontrará registrada, a grandes trazos, en las líneas a él dedicadas por Gabrieli en el *Nuovo Digesto Italiano* y, con más amplitud, en el documentado prólogo de Alsina a la traducción de las *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* (Buenos Aires, 1943, pp. VII-XX), en el de Couture para la versión castellana de *Provvedimenti cautelari* (monografía

² En la necrología del procesalista alemán *Adolfo Wach* que compuso para la "Riv. Dir. Proc. Civ.", cit., 1926, I, pp. 366-9. *AD.*: Véase acerca de Wach, *infra*, Prólogo 13.

³ La relación de los libros traducidos puede verse en las páginas iniciales del presente, así como en la publicación en castellano de *Providencias cautelares* y de *Estudios sobre el proceso civil* (Buenos Aires, 1945).

y prefacio constituyen —digámoslo de paso— dos obras maestras en sus géneros respectivos)^a y en la completísima relación bibliográfica, compuesta por Sentís, que figura en las páginas 346 a 353 de la primera de las citadas traducciones.^b Pero sí debemos destacar, precisamente por referirse a la obra que estamos prologando, dos fechas que al acotar el tiempo transcurrido entre el nacimiento del autor (1889) y la publicación de *Cassazione civile* (1920), encierran, con la elocuencia y la imparcialidad de los números, el más entusiasta elogio que de Calamandrei puede hacerse. Porque *Cassazione civile*, que es una de las producciones culminantes de la literatura procesal, no ya italiana, sino universal, se imprime cuando su autor contaba 31 años de edad, y estaba concluida desde 1915, aunque retrasada su aparición, como la de otros muchos trabajos científicos, por la guerra europea, por la otra... Y como, por la vastedad de su plan y la profundidad del análisis, hay que suponerle algunos años previos de gestación, quiere decir que Calamandrei acomete y da cima al que sigue siendo su libro magno, entre los veinte y los veintiséis años. La inteligencia privilegiada, la asombrosa capacidad de trabajo, la preparación excepcional, encuentran en ese paréntesis de fechas su más cálido y expresivo subrayado. Pero aun en posesión de tales cualidades relevantes, su obra no habría venido al mundo si Calamandrei no hubiese tenido la fortuna de pertenecer como investigador a uno de los dos únicos países que hasta la última tragedia humana —la de 1939 a 1944, con su prólogo español de 1936 a 1939— estaban, en el campo de las ciencias jurídicas, en condiciones de producir tales frutos: Alemania e Italia, eje científico al que con nueve años largos de exilio sobre las espaldas puedo reiterar la admiración y gratitud más hondas, con la misma energía y continuidad con que sentí la repulsa hacia el odioso y desaparecido eje político o con la que profeso hacia cualquier otra de las concepciones totalitarias subsistentes.

4) Sin mengua para Calamandrei —puesto que el ambiente allana la labor, pero no presta talento a quien carece de él—, es indudable que su libro no habría podido nacer fuera de las naciones mencionadas, o de sus aledaños intelectuales, como Austria respecto de Alemania. Pruébanlo hasta la saciedad, dos consideraciones axiomáticas: la primera, la de que siendo Francia la cuna de la casación (al menos, conforme al modelo más conocido), el estudio fundamental del tema se deba a un italiano, porque el hace tantos años superado

^a El prólogo a la traducción de *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (Buenos Aires, 1945), ocupa las pp. 9-22 del volumen y se independizó luego bajo el título de *La escuela italiana del derecho* (reproducido en "Jus" de México, tomo XVI, núm. 94, pp. 319 y ss.).

^b Con posterioridad, cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Héctor Fix Zamudio, *Bibliografía de Piero Calamandrei* (en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 24, octubre-diciembre de 1956, pp. 17-39 —ahora, *infra*, C, d, 29—), y, sobre todo, Cappelletti, *Biografía e bibliografía di Piero Calamandrei (1899-1956)* (en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. I —Padova, 1958—, pp. XVII-LI, comprensivo de 428 títulos), y Anita Mondolfo y Mauro Cappelletti, *Bibliografía degli scritti di Piero Calamandrei (1906-1958)* (en el "Numero straordinario dedicato a Piero Calamandrei" por la revista "Il Ponte", que él fundó —Firenze, 1958—, pp. 307-402, que abarcan 900 títulos).

procedimentalismo francés, que alcanzó su cumbre con Garsonnet en la rama civil y con Hélie en la penal, no estaba en condiciones, por causas que no es posible examinar aquí —aunque no cabe silenciar los desastrosos efectos del *chauvinismo* científico, incapaz de sobreponerse al rescoldo de las guerras de 1870 y de 1914—, de acometer la empresa en que el joven jurista florentino iba a triunfar de modo impresionante; la segunda, la de que habiendo transcurrido un cuarto de siglo desde 1920 hasta hoy, durante el cual se han publicado fuera de Italia bastantes trabajos sobre casación,^c el libro de Calamandrei continúa a la cabeza de la bibliografía relativa al recurso, y sea enorme la distancia entre él y cualquiera de sus seguidores, pese a que, como es natural, todos éstos pudieron aprovechar aquél como brújula y como cantera. La conclusión sería entonces la de que si un Calamandrei, como individualidad sobresaliente, puede surgir en cualquier rincón del planeta o, por lo menos, en cuantos posean un cierto grado de civilización y de cultura, una obra como la suya sólo contadas naciones del mundo están en situación de alumbrarla. ¿En cuáles, se preguntará? Pues, sencillamente, en aquellas donde exista el indispensable clima de altura que la investigación científica reclama. Por muy grande que sea la laboriosidad de una persona, si no dispone de auxiliares eficientes que le preparen materiales, le corrijan pruebas o le redacten índices alfabéticos, perderá en esas tareas, utilísimas, pero secundarias, un tiempo y una atención que redundarán en detrimento de la obra principal; si su esfuerzo investigador tropieza con la hostilidad o el vacío de un medio receptor atrasado, o se ve desprovisto de la información necesaria, es muy probable que, después de machacar en hierro frío unas cuantas veces, se sienta desalentado y abandone la lucha; si no encuentra, en la acción combinada de la crítica, la emulación y la solidaridad profesionales, el acicate y el aliento para insistir y superarse, su producción rodará hacia el abismo de los lugares comunes o languidecerá hasta consumirse por anemia. Ese ambiente propicio a la investigación que Calamandrei se encontró hecho, es el resultado de una combinación de factores, algunos de los cuales, como la tradición, que singularmente en las ciencias del espíritu es como la solera de los vinos, no se improvisan; pero otros hay que preocuparse de forjarlos, si se quiere contar con una Universidad que no se reduzca a edificios: desde el sistema de reclutamiento, que debe estar por completo a cubierto de gravitaciones localistas, influencias políticas y corruptoras captaciones de votos, hasta la remuneración, que ha de ser decorosa, a fin de poder exigir al docente que se consagre por entero a la Universidad, en lugar de que contemple el profesorado como un complemento de ingresos, una actividad para ratos perdidos y un título (en tal caso pretencioso, en vez de prestigioso) que estampar en las tarjetas de visita.^d Sólo así, es decir, atrayendo a los hombres

^c Varios de ellos comentados por mí, como los argentinos de Colombo (*supra*, reseña 6) y de Sartorio (véase "Miscelánea Procesal", tomo I, pp. 280-2), el holandés de Wielenga (*supra*, reseña 101), el panameño de Torres Gudiño (*supra*, reseñas 242 y 256), además del italiano de Fazzalari (*supra*, reseña 167).

^d Las precedentes consideraciones se redactaron en la Argentina meses antes de ser

con aptitud y vocación genuinamente universitarios y cerrando a la par el acceso, o eliminando de sus cuadros, a los totalmente ayunos de inquietud docente e investigadora, se logrará elevar su nivel y transformar lo que en muchos países continúa siendo una mera dependencia burocrática (a saber: la oficina donde se expiden o expenden títulos y diplomas), en esa *Alma mater* de que tanto se habla. Y entonces, sólo entonces, podrá confiarse en que de dicha Universidad, o en torno suyo, broten obras de la calidad extraordinaria del libro de Calamandrei.

5) *La casación civil*. Por razón de su mérito intrínseco, la traducción de *Cassazione civile* aparece con muchos años de retraso, ya que debió haberse vertido al castellano a raíz misma de su publicación en Italia o al poco tiempo y, desde luego, con anterioridad y mayor motivo que cualquier otro de los libros de Calamandrei dados a conocer en nuestro idioma, aun siendo todos ellos acreedores a semejante honor, pero sin alcanzar ninguno la talla de aquel otro. Pero si en vez de fijarnos en la calidad de la obra, atendemos al ambiente y momento para su recepción, difícilmente podría haberse elegido uno más favorable, tanto porque la renovación de los estudios procesales en toda América hace que en la actualidad el contingente de lectores en condiciones de aprovechar sus enseñanzas sea muchísimo mayor que el de hace diez años tan sólo, como porque concretamente en la Argentina el tema de la casación está sobre el tapete, ante la imperiosa necesidad de canalizar el alud jurisprudencial, que lleva camino de convertir a los juristas nacionales en unos recopiladores de fallos, sin tiempo más que para seguir jadeantes las fluctuaciones de una doctrina legal que no se reduce a la de la Corte Suprema o a la de las Cámaras de Apelaciones, sino que desciende hasta la justicia de paz inclusive, a través del doble orden jurisdiccional de la República. En este sentido, *Casación civil* resulta tanto más útil para el lector argentino, cuanto que se escribió cuando todavía padecía Italia el régimen de las cinco cortes de casación, de las que cuatro (Florencia, Nápoles, Palermo y Turín, o sea, las llamadas regionales) fueron suprimidas en 1923, subsistiendo sólo la de Roma, merced, en gran parte, a la prédica de Calamandrei, que se anotaba así uno de sus más legítimos y resonantes éxitos y que, en aras del supremo interés nacional, no vaciló en propugnar una reforma que para su ciudad natal, a la que siempre ha rendido culto fervoroso, significaba verse desposeída de su más alto tribunal. Es curioso destacar a este propósito que, en contraste con Italia, donde la creación del Estado nacional de patrón unitario no se tradujo en la implantación de un solo tribunal de casación, sino en una pluralidad que se mantuvo desde 1870 a 1923, al afirmarse la nacionalidad alemana y surgir el Imperio de 1870 cual un conglomerado de reinos, grandes ducados, principados y ciudades libres, se instituyó, como uno de sus engranajes esenciales, el *Reichsgericht* de Leipzig, que salvo algunas fa-

invitado por la Escuela Nacional de Jurisprudencia para venir a México; pero sin dificultad se pueden aplicar a él, donde en forma alarmante van surgiendo Facultades de Derecho (!!) que carecen de los elementos mínimos indispensables para impartir la enseñanza jurídica.

cultades reservadas al Tribunal superior bávaro (*Bayerisches Obersten Landesgericht*), ejercía principalmente funciones casatorias (de *Revision*, según el nombre y peculiaridades de la institución en Alemania). Hemos tropezado de nuevo con el eje, que entonces no lo era, y del encuentro extraemos dos enseñanzas: la de que, en contra de lo que más de una vez se ha sostenido, la casación se concilia sin dificultad con el federalismo y éste admite, sin el menor inconveniente, la fórmula del tribunal único en la materia, y la de que la pluralidad de casaciones dentro de un mismo Estado representa la quiebra de la institución, ya que la diversidad de definiciones crea dudas, desigualdades y conflictos, que sólo siendo una se pueden evitar.

6) No vamos a hacer, a veinticinco años de su aparición en Italia, crítica de una obra que fue juzgada y ensalzada en su día por procesalistas eminentes y que desde entonces circula por el mundo jurídico, como uno de los más altos exponentes de la ciencia italiana y como modelo insuperable de lo que debe ser la investigación doctrinal pero faltaríamos a la imparcialidad si, con abstracción de divergencias opinables sobre particulares extremos, dejásemos de señalar el único lunar manifiesto de la monumental monografía, y que se encuentra en los capítulos de derecho comparado, o, más exactamente (puesto que el estudio de la casación en Francia y Alemania está hecho con tanta profundidad como acierto), en los que llevan los números XXVI a XXVIII de la primera parte de la obra. En ellos, los datos, con frecuencia indirectos (tomados, por lo general, de Harrasowsky, Leske-Loewenfeld y Demombynes), son inseguros con bastante frecuencia. Baste señalar que, no obstante la gran semejanza idiomática entre castellano e italiano, la referencia a España (cfr. núm. 229) procede exclusivamente de obras alemanas y francesas, tan atrasadas en su información para la fecha en que Calamandrei escribe, que las indicaciones relativas al tema se contraen a la ley de enjuiciamiento civil de 1855 y a sus textos complementarios de 1870, 1875 y 1878, todos sin excepción derogados o reabsorbidos por la vigente ley procesal de... 1881, a cuya existencia ni siquiera se alude. Tras ello, nada de extraño tiene que la casación española, con antecedentes propios tan curiosos como el recurso de fuerza en el modo de proceder y, sobre todo, con su característica y progresista supresión del reenvío en la hipótesis de *error in iudicando*, se incluya, sin más, entre las "legislaciones que aceptan el sistema de la casación en su forma originaria (casación francesa)". En cuanto a la información sobre los países de América, mejor habría sido eliminarla.

7) *La traducción*. Cuando hace dos años Sentís Melendo inició, con las *Instituciones* y el volumen sobre *Las buenas relaciones entre los jueces y los abogados en el nuevo proceso civil*, su ciclo americano de traducciones de Calamandrei, escribí lo siguiente: "Para llevar a cabo una tarea de esta clase con máximas garantías de acierto, son indispensables tres factores y convenientísimos algunos más. Los primeros son: conocer el idioma ajeno, saber escribir en el propio (porque si no, la versión será literalmente exacta, pero literariamente una desdicha) y dominar la disciplina científica a que corresponda el volumen. Nade negará que los tres concurren en Sentís; pero, ade-

más, en su relación con Calamandrei se dan esos otros factores que calificamos de convenientísimos, y que lo señalaban como el traductor ideal de sus *Istituzioni*. En efecto: Sentís ha sido discípulo de Calamandrei en Italia; profesa a su insigne maestro tan ferviente como merecida admiración; está compenetrado con sus orientaciones; ha leído la totalidad de su obra"⁴ y, añádinolos ahora, ha traducido la mayor y mejor parte de la misma.⁵ El lector puede, por consiguiente, adentrarse en los tres tomos de *Casación civil* en la confianza plena de que reproducen con la máxima solvencia y escrupulosidad el original italiano y de que se hallan traducidos de manera impecable. Acaso, pensando en el castellano de España, podríamos reprochar a constante traducción de "istituto" (de la casación) por "instituto" y no por *institución*; pero el italianismo se encuentra tan generalizado en América, o por lo menos en la Argentina, que bien puede computarse su empleo en la cuenta de concesiones obligadas y en la lista de pecados veniales. En todo caso, lo importante es que Sentís mediante el esfuerzo impropio dedicado a los seis o siete volúmenes de Calamandrei por él traducidos desde que arribó a la Argentina, no sólo ha pagado la deuda de gratitud intelectual hacia el procesalista florentino, según dijimos al principio, sino que con sacrificio de todo lucimiento personal —puesto que más fácil y conveniente le habría resultado escribir algunos trabajos menores por su cuenta—, ha procurado retribuir asimismo al país que en la hora de nuestra adversidad nos ha abierto sus puertas y nos ha permitido reanudar nuestra marcha.

1946

- 3) *Prólogo del "Proyecto de Código de Procedimientos Civil y Comercial" de Alberto Dragusi* (Buenos Aires, "Editorial Mundo Forense", 1946. 202 pp.).

Pp. 7-11^a

1) Confieso que cuando el Dr. Alberto Dragusi tuvo la atención de pedirme un prólogo para su Proyecto de Código Procesal Civil, me puso en un

⁴ Cfr. "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1943, II, pp. 395-6 —ahora, *supra*, reseña 16—.

⁵ Nuevas traducciones hechas por Sentís Melendo de libros de Calamandrei han seguido a la de *La casación civil*: véase su lista en los trabajos citados en la nota adicional b.

^a Redactado en la fecha que al final se indica, no se publicó sino en 1946, y de ahí que aun siendo el primero de los prólogos por mí compuesto en Argentina, lo incluya después del referente a *La casación civil* de Calamandrei. Aunque parezca mentira, y pese a haber ido a su despacho para entregar personalmente el prólogo, jamás logré ver al para mí misterioso Dr. Dragusi, que mantuvo su comunicación conmigo exclusivamente en vía epistolar, sin llamarme siquiera una sola vez por teléfono. Además del presente prólogo, véase mi reseña del Proyecto Dragusi, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 32, octubre-diciembre de 1946, p. 277 —ahora, en "Miscelánea Procesal", tomo I, p. 69—.

serio compromiso. No me era posible desestimar una demanda para mí tan honrosa, pero tampoco me resultaba fácil complacerla. Abrumado de trabajo, entonces y ahora, la entrega de estas líneas se ha retardado, no ya días o semanas, sino meses enteros, con gran desesperación mía y supongo que mayor aún de mi peticionario. Tropezaba, además, con las dificultades del novato ante un género como el prólogo, que nunca he cultivado, y que tan resbaladizo me ha parecido siempre. Pero quizás el mayor escollo estribaba para mí en que el trabajo del Dr. Dragusi pertenece a la zona del derecho procesal que he incursionado con mayor frecuencia y extensión, desde mis primeros balbuceos como procesalista hasta mis estudios más recientes.¹ Buena o mala, tuerta o derecha, radical o conservadora, tengo fijada ya mi posición acerca de la reforma procesal en sus puntos fundamentales (cuándo, cómo, qué y por quién) y en bastantes de sus particulares extremos. Repetir lo que en otras ocasiones expuse, se me antojaba corresponder al amable requerimiento del Dr. Dragusi con un expediente para salir del paso; rectificar mis concepciones, o mis convicciones, para mostrarlas en un todo conformes con un Proyecto que, como es natural, no siempre coincide con las soluciones que postulo o con el derrotero que sigo, se habría tildado, y con razón, de poco serio; hacer la crítica detenida de un texto con minuciosa exposición de motivos y quinientos trece artículos, habría reclamado considerable número de páginas, un tiempo del que no he dispuesto, y por añadidura, el prólogo habría dejado de serlo para convertirse en ensayo, reseña o comentario, con la consiguiente alteración de papeles y planos; y por último, aprovechar la ocasión para afrontar algo de tan extraordinario interés y atractivo, como el panorama actual de la reforma procesal argentina,² a través de sus últimos códigos y proyectos, habría exigido también mucho mayor espacio del que al prologuista le es lícito ocupar y, además, se hubiese traducido en un inadecuado enfoque de la obra del Dr. Dragusi, tanto si se la contem-

¹ Desde *Lo que debe ser el ministerio público* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", noviembre de 1929) hasta *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano* (en "Revista del Colegio de Abogados de La Habana", enero-julio de 1942), parcialmente reproducidas por "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", de Montevideo, en su número de abril de 1943, bajo el título de *Método para la reforma del código de procedimiento civil*. Entre ambos trabajos se intercalan otros varios sobre el tema, recogidos los más antiguos en mis "Estudios de Derecho Procesal" (Madrid, 1934) y los más modernos en mis "Ensayos de Derecho Procesal" (que se publicarán dentro de poco en Buenos Aires —AD.: Impresos, en efecto, en 1944; con posterioridad a esta fecha he seguido ocupándome de la reforma procesal de distintos países, y a ella están consagradas numerosas investigaciones recopiladas últimamente en "Estudios Procesales" (Madrid, 1975) y en "Derecho Procesal Mexicano" (México, 1976) —.

² Cuya marcha vengo observando desde hace años con máxima atención y de la que me ocupaba en un trabajo inédito destinado a publicarse a fines de 1936 en España y que desapareció en el saqueo de mi casa durante la guerra civil. Bien es verdad que ese artículo habría envejecido en seguida, porque desde la fecha citada, el ritmo de la reforma se ha acentuado de tal manera en la Argentina que, por ejemplo, la Provincia de Córdoba ha renovado por completo su equipo de códigos procesales (penal, contencioso-administrativo y civil) y su ley de organización judicial.

pla como una de las distintas partes de conjunto, porque entonces perdería el rango de protagonista que en este volumen desempeña, como si se la presentaba cual centro del movimiento reformista y no como uno de los planetas que en él giran, porque en tal caso se subvertiría la perspectiva. Pero basta ya de introducción al prólogo, y vayamos al grano.

2) El Proyecto Dragusi refleja, ante todo, la tenaz vocación de quien sin más anhelo que el de procurar una mejor justicia a su patria (que tanto lo necesita y lo merece), ha consagrado muchas horas a la ardua y fatigosa tarea de redactar un código íntegro por sí sólo. La extensa exposición de motivos que le precede e incluso las notas aclaratorias al pie de algunos artículos demuestran, en segundo lugar, la suma de meditación puesta por el autor antes de decidirse a adoptar las conclusiones que sustenta: se compartan o no sus fórmulas —y bien sabido es cuanto influye en discrepancias de este orden el credo científico de quien las manifieste—, lo que sí cabe afirmar es que el Dr. Dragusi no las ha estampado a la ligera. En tercer término, destaca la brevedad del articulado, pese a incluirse en el texto la denominada jurisdicción voluntaria, que no es materia rigurosamente procesal y que, por ende, y con mayor motivo en la Argentina,³ debe ser objeto de legislación independiente. Llama asimismo la atención que el Proyecto mantenga, en contra de una corriente reformadora muy difundida en el país,⁴ el régimen de doble instancia: enemigo como soy de la orgía impugnativa, considero, a la vez, que ha de evitarse con igual cuidado incurrir en el extremo opuesto, y más concretamente en el de un precipitado enterramiento de la apelación, y celebró, por tanto, que desde el campo de la abogacía venga el parecer del Dr. Dragusi a juntarse con el que, por mío, cabría reputar de universitario y teorizante.

3) En realidad, el trabajo del Dr. Dragusi es más un *Contraproyecto* que un *Proyecto*, o si se quiere, un Proyecto que se enfrenta a otro Proyecto, puesto que no se le opondrá paralela, continua y deliberadamente. Nos referimos, dicho se está, al Proyecto redactado bajo la presidencia del Dr. Benito A. Nazar Anchorena por la Comisión que el Poder Ejecutivo Nacional designó en 1934.

4) Al sentar la anterior afirmación, ignoro si ese ha sido el propósito del Dr. Dragusi, pero sí declaro que tal es, en mi opinión, su resultado. Y como dada mi doble condición de prologuista y de extranjero (esto segundo, en la medida mínima en que un español lo es, o se siente, en la Argentina), un estudio comparativo mío sobre ambos textos parecería, en el primer sen-

³ Puesto que si la jurisdicción voluntaria no es materia procesal, sino administrativa (aunque personalmente estimo que varios de los negocios que la integran deben quedar vinculados a los tribunales por razones de conexión o conveniencia), no tiene por qué adscribirse ni monopolizarse por los códigos de procedimientos provinciales.

⁴ Y que, por ejemplo, triunfó el año pasado en el *Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios* (cfr. p. 142 del folleto que recoge sus deliberaciones: La Plata, 1942), y en el actual, en la *Primera Conferencia de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires* (sus debates no se han editado aún).

tido, recusable y en el segundo, acaso se estimase inoportuno, me limito a subrayar ese rasgo acusado del Proyecto Dragusi y a proclamar la necesidad de su consulta por parte de quienes en definitiva compongan el nuevo código para la Justicia federal, Capital de la República y Territorios nacionales. Aun cuando, claro está, preferible sería conjugar el esfuerzo de todos para remover el obstáculo que una errónea creencia⁵ alza frente a la imperiosa exigencia de acabar con la diversidad legislativa procesal, que hoy complica la administración de justicia argentina y constituye barrera opuesta al progreso científico de una disciplina, que avanzaría a pasos de gigante si los especialistas con que cuenta pudiesen concentrar sus investigaciones en torno a dos leyes nacionales —una para el enjuiciamiento civil y otra para el penal—, en vez de diseminar su labor entre una treintena de códigos provinciales. Pero mientras incomprensibles resistencias sigan frustrando ese gran acontecimiento, contentémonos con que se modernicen los códigos vigentes, y de ellos ninguno de tanta trascendencia, por el área y la población a que se extendería, como el que es objeto del Proyecto Dragusi, que por tal causa, aparte de sus méritos intrínsecos, debe ser leído y examinado con especial interés por cuantos se ocupen o preocupen de mejorar las instituciones procesales argentinas.

Buenos Aires, 10 de julio de 1943.

4) *Prólogo de las "Instituciones de Derecho Procesal Penal" de Victor B. Riquelme* (Buenos Aires, "Editorial Atalaya", s. f.: 1946), vol. I, pp. 7-10.

1) Siendo la más honda simpatía intelectual por los cultivadores escasos o únicos de una ciencia en países con una sola Universidad, donde, como en otra ocasión expuse, al comentar un libro del dominicano Tavares (*supra*, reseña 38), han de ser a un tiempo arquitectos y albañiles de las construcciones que levanten. Los investigadores pertenecientes a las grandes potencias científicas, acaso no tengan idea exacta del esfuerzo ímprobo que esos solitarios han de realizar para dar cima a las inquietudes de su espíritu. Porque no es lo mismo escribir un tratado o una monografía en universidades impregnadas de tradición, con bibliotecas repletas, ficheros al día y discípulos o ayudantes que busquen datos, compulsen citas, compongan índices de toda

⁵ La pluralidad de códigos procesales no es consecuencia forzosa del federalismo: el Imperio alemán (1870-1918), con sus reinos, grandes ducados, ducados, principados, ciudades libres, etc. tuvo un solo código procesal civil y otro solo código procesal penal; otro tanto sucedió en la República de Austria federalizada por Kelsen; tampoco en España la concesión de autonomía a las regiones durante la República quebrantó la unidad de sus leyes de enjuiciamiento; y en América, ahí está el reciente código procesal brasileño para confirmar nuestro aserto, bien que se pueda poner en tela de juicio si el Brasil sigue siendo, en realidad, un Estado federal.

Cosa muy distinta es la de si a la unificación procesal ha de irse por el camino de la reforma constitucional, por acuerdo interprovincial, o, simplemente, por adopción o adhesión a un código común.

especie o corrijan pruebas, a cambio de unas líneas de gratitud en el prólogo, que acometer tales empresas con materiales deficientes y cooperación nula, y lo que quizás sea más grave: teniendo que luchar con la incomprensión o resistencia de quienes se quedaron atrás y con la falta de contraste, de consejo y de estímulo que representan los pareceres de otros especialistas. Eso, en cuanto al aspecto intelectual de la investigación, porque, si descendemos al terreno económico, sólo en países grandes el éxito de un libro puede, en general, brindar una retribución compensadora a los desvelos del autor: ahí están, por ejemplo, los 48.000 ejemplares que en 1927 había alcanzado el *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, de Franz von Liszt, o las trece ediciones que desde 1923 a 1935 logró el *Grundriss des deutschen Konkursrechts*, de Wilhelm Kisch o, en esfera más cercana, los 10.000 ejemplares a que pronto llegará el *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, de Hugo Alsina, o los 8.000 de la traducción del *Sistema di Diritto Processuale Civile*, de Francesco Carnelutti.

2) Y puesto que de traducción he hablado, huelga decir que también esta perspectiva, casi siempre poco remuneradora, pero que, desde luego, supone propaganda y prestigio para el autor del libro traducido, favorece, como regla, a los tratadistas de tres o cuatro naciones europeas y de los Estados Unidos de América. En cambio, el investigador de pequeños países habrá de contentarse con la tirada de mil o mil quinientos ejemplares con que algunos de ellos salgan al exterior y con que, de éstos, unos pocos caigan en manos de quienes se den cuenta de los formidables obstáculos que aquél ha debido vencer para ver publicada su obra y aprecien, por tanto, en toda su extensión el admirable temple científico de quien la ha llevado a cabo. Por fortuna, el mejoramiento incesante de los medios de comunicación, y concretamente en la esfera procesal, la creación de vehículos de acercamiento entre quienes cultivamos la disciplina —como lo es desde hace cuatro años la *Revista de Derecho Procesal* que dirige el profesor Alsina en Buenos Aires y en la que colaboran los mejores especialistas de toda América, y como lo será en fecha próxima el *Instituto Internacional de Derecho Procesal*, de cuya organización me ocupo^a—, permitirán que hombres como el profesor Víctor B. Riquelme sean conocidos y estimados en toda su valía y cuenten con el aliento y la solidaridad que su labor científica merece.

3) Habría bastado la circunstancia expuesta, de ser el Dr. Riquelme el único o uno de los pocos representantes del derecho procesal penal científico en el Paraguay, para que venciendo mi escasa simpatía hacia los prólogos (entre otras razones, por la esencial de que me considero sin categoría para escribirlos), hubiese accedido a redactar el que en esta oportunidad se ha recabado de mí. Pero a ese factor se han sumado otros dos más, y entre los tres han convertido en gratisíma tarea, lo que en otras condiciones habría

^a Véase mi folleto *Instituto Internacional de Derecho Procesal (Antecedentes, Información, Anteproyecto de Reglamento)* —Buenos Aires, 1945—, donde recopilé la labor desenvuelta al efecto desde la "Revista de Derecho Procesal" argentina, en su segunda parte, durante los años 1943 a 1945.

sido obligado a protocolario compromiso. Me refiero, por un lado, a la alta calidad del libro y, por otro, a su orientación jurídico-política.

4) En el primer aspecto, el libro de Riquelme representa la incorporación paraguaya al moderno procesalismo mediante una obra planeada en dos tomos. Aun cuando ignoro el desarrollo exacto que en su día dará el Dr. Riquelme al tono segundo,^b las *Instituciones de Derecho Procesal Penal* salidas de su pluma revelan sólida, seleccionada y asimilada lectura, así como certera fijación personal de actitud frente a los grandes y pequeños problemas que en una obra como la suya se presentan a cada paso. Ha tenido asimismo muy en cuenta —y ello constituye uno de sus mayores aciertos— las posibilidades receptoras del ambiente a que el libro está destinado: es, ya lo hemos dicho, una obra perteneciente al derecho procesal *científico*, pero escrita pensando en que todavía son muchos los prácticos que no se han enterado de la existencia del mismo, pese a serles imprescindible conocerlo, y en consecuencia, ha redactado el volumen en estilo accesible a todo el mundo. A ese éxito —puesto que la diaphanidad quizás sea la cualidad máxima de un docente— ha contribuido ciertamente la experiencia forense del autor, que si hoy es profesor de la materia en la Universidad de Asunción, ha sido antes juez del crimen, camarista y miembro del Superior Tribunal de Justicia.

5) En cuanto a la orientación jurídico-política de la obra, Riquelme figura en el compacto grupo de los procesalistas liberales. ¿Por qué? Pues, sencillamente, porque con plena conciencia de los fines a satisfacer por el proceso, ha percibido que el enjuiciamiento en general y singularmente el penal representan una garantía de libertad y, en tal sentido, son una prolongación del derecho constitucional, allí donde éste sea realidad viva y no declaraciones muertas, es decir, allí donde ser liberal no sea sinónimo de perseguido por el déspota... Precisamente hace unos meses, al comenzar mi curso de derecho procesal penal en el "Instituto de Criminología" de La Plata, expresaba que así como cuando los penalistas consideran el fundamento del *ius puniendi*, sus respuestas giran alrededor de la frase *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccatur* (debida a Protágoras, sofista del siglo v antes de Jesucristo, abreviada por Séneca y generalizada por Grocio) y, según la posición que adopten, determinan las teorías *absolutas* (se pena *porque* se ha pecado) o las *relativas* (se pena *para que* no se peque, o sea, la tesis de Protágoras), así también si los procesalistas penales se preguntasen por qué se juzga, brotarían dos contestaciones igualmente: a) para que *se castigue al culpable*, y b) para que *no se castigue al inocente* pero a diferencia de lo que sucede en

^b Aparecido tres años después (Asunción, 1949) y examinado por mí desde la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 45, enero-marzo de 1950, pp. 182-3. En la propia revista (núm. 33, enero-marzo de 1947), dentro del comentario titulado *Procesalismo penal hispanoamericano* (pp. 264-79), hallará el lector una referencia (pp. 276-7) al volumen objeto del presente prólogo. Finalmente, otro trabajo de Riquelme —a saber: su *Anteproyecto de código procesal penal para el Paraguay* (Asunción, 1952)— fue analizado por mí en la "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 14, abril-junio de 1954, pp. 226-30. *AD.*: Las tres mencionadas reseñas figuran ahora en "Miscelánea Procesal", tomo I, pp. 174-5, 70-87 (cfr. p. 85) y 363-6, respectivamente.

la esfera penal sustantiva, en la procesal no hay incompatibilidad, sino complementación entre las dos respuestas, si bien es la segunda la que recoge la quintaesencia del proceso penal. En efecto: si sólo se tratase de asegurar una represión enérgica, bastarían la policía y la fuerza pública y aun la ira de la multitud o la iniciativa privada, como la experiencia histórica confirma—desde la venganza de la sangre al linchamiento norteamericano, o desde los pseudo procesos sumarísimos italianos de los siglos XVI a XVIII (*ad oras, ex abrupto, usus belli*, etc., nombres harto elocuentes) a la llamada ley de fugas en España—, si es que, hipócritamente, no se instaura una parodia de enjuiciamiento, como ante los tribunales excepcionales y aun comunes de los Estados totalitarios; si, por el contrario, se adoptan precauciones especiales, a todo lo largo de la instrucción y del plenario, es porque como exponía mi viejo maestro Reinhard Frank, pese a que nada tenía de liberal, de nuestra voluntad depende cometer o no un delito doloso, mas no, en cambio, evitar nuestro procesamiento, que puede obedecer a confusión de personas o nombres, a denuncias malintencionadas, a apariencias engañosas, etc. El riesgo del error judicial—que puede llegar a lo irreparable, en caso de condena a muerte—grava constantemente sobre el proceso penal, y él explica, por ejemplo, que mientras son todavía escasos los códigos que admiten la revisión en contra, todas las legislaciones prevean el recurso a favor, o algún otro remedio equivalente.^c Y si no me extendo más sobre el tema, es porque teniendo comprometido desde hace un año un artículo para la “Revista del Colegio de Abogados de Rosario” sobre *Liberalismo y autoritarismo en el proceso*,^d no sería correcto adelantar aquí apreciaciones que para ella reservo.

6) En resumen: el profesor Riquelme ha escrito un libro documentado, útil, bien planeado y de inspiración liberal, que puede servir de texto, a la vez que en una Facultad de Derecho, en una Escuela de Ciudadanía. Y esa labor la ha realizado venciendo un sinnúmero de dificultades: de unas hablé al principio; de otras he preferido no hablar al final, aun cuando en atención a ellas le envíe, desde estas páginas y desde esta distancia, un cordial abrazo de solidaridad universitaria y de la otra...^e

Buenos Aires, 3 de febrero de 1946.

^c *Revision en contra*: véase, por ejemplo, el § 362 (texto de 1924; 402, en la redacción primitiva) de la *Strafprozessordnung* alemana de 1877; *remedio equivalente de la revisión*: el llamado “indulto necesario” en el derecho mexicano (cfr., verbigracia, los arts. 614 cód. proc. pen. del Distrito y 560 del Federal).

^d Diferentes causas han retrasado desde entonces (1946) hasta la fecha (1959) la redacción del artículo, que espero aparezca en el curso del presente año en la “Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile”. *AD.*: A la postre, no se publicó en ninguna de las dos revistas mencionadas, sino que lo destiné a los “Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli”, donde vieron la luz en el vol. I (Napoli, 1972), pp. 1-78; pero habiéndose retrasado la aparición de dicho homenaje, apareció primero en el “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, núm. 2-3, mayo-diciembre de 1968, pp. 559-600—ahora, en “Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.”, tomo II, pp. 245-90—.

^e Aludía a la situación de perseguido político en que por entonces se encontraba en su patria el profesor Riquelme.

1950

- 5) *Prólogo de las "Lecciones sobre el Proceso Penal" de Francesco Carnelutti* (En el volumen I de la traducción castellana —Buenos Aires, "Ediciones Jurídicas Europa-América", 1950—, efectuada por Santiago Sentís Melendo, pp. 1-29).

1) Nada más lejos de mi ánimo que intentar, desde aquí y a estas alturas, la presentación de Carnelutti. Su figura es de tal magnitud, que además de integrar con Calamandrei y Rosenberg el triunvirato de los más grandes procesalistas mundiales vivientes —y aun entre los muertos, sólo Bülow, Kohler, Hellwig, Wach, Chiovenda y Goldschmidt, podrían parangonársele—, constituye el jurista máximo de su patria en la hora actual, y fuera de ella, únicamente cabría compararle, por la genialidad de la obra respectiva, con Binding, Hauriou o Kelsen entre los cultivadores del derecho que se suceden desde fines del siglo XIX a nuestros días. Por otra parte, cuando esa tarea presentadora fue indispensable para darlo a conocer a los lectores no especializados, con motivo de la traducción española de su *Sistema* (emprendida años antes que la de las *Instituciones*, aunque aparecida después, por motivos que en aquella se indican), yo mismo me cuidé de ello,^a y significaría ahora, en que otras varias traducciones del maestro circulan por el mundo hispánico,¹ y en que el eco de su triunfal gira por diversos países americanos no se ha extinguido aún, reiteración innecesaria.

2) El prólogo-presentación del autor será, pues, reemplazado por un prólogo-resumen de los más salientes rasgos de su postrera obra general, todavía inconclusa en italiano. Las *Lezioni sul Processo Penale*, publicadas en Roma por "Edizioni dell'Ateneo" (el volumen I en 1946 y el II y III en 1947), representan la cuarta de las exposiciones sistemáticas atinentes al proceso llevadas a cabo durante su fecunda vida jurídica por Carnelutti. Pero a diferencia de las tres primeras,² que versaron sobre el proceso civil, la última

^a En la nota bio-bibliográfica *Francisco Carnelutti* inserta en el tomo I de la traducción del *Sistema* (Buenos Aires, 1944), pp. VII-XIX, y reproducida luego en mis "Ensayos de Derecho Procesal" (Buenos Aires, 1944), pp. 707-17.

¹ A saber: *Metodología del Derecho* (México, 1940); *Teoría general del Derecho y Teoría General del Delito* (ambas en Madrid, 1941); *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (Barcelona, 1942); *Sistema de Derecho Procesal Civil* (4 tomos; Buenos Aires, 1944); *Usucapión de la propiedad industrial y Naturaleza jurídica de los consorcios industriales* (1 vol.; México, 1945); más diversos estudios traducidos en México por Vásquez del Mercado para las revistas "Jus", "La Justicia" y "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". AD.: Cfr. Alcalá-Zamora, *Aportación hispánica a la difusión de la ciencia procesal italiana* (en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile" —Padova, 1953—), núm. 12, pp. 182-3 —ahora, en "Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.", tomo II, pp. 479-500—. Con posterioridad al presente código, se publicaron dos tomos de *Estudios de Derecho Procesal* de Carnelutti, en versión castellana de Sentís Melendo (Buenos Aires, 1952).

² Es decir, *Lezioni di Diritto Processuale Civile* (7 vols.; Padova, 1920-31, reimpresos en diferentes fechas); *Sistema di Diritto Processuale Civile* (3 tomos; Padova, 1936-38-39)

se ocupa del enjuiciamiento criminal. Entre estas cuatro obras existen, claro está, coincidencias fundamentales, porque ni siquiera a espíritu, cual el de Carnelutti, de tan fuerte potencia creadora y tan propenso a mostrarse siempre original e inconfundible, le es dado en cada nueva producción reconstruir desde los cimientos al tejado. La mayor semejanza (hecha la doble salvedad de que el *Sistema* no llegó a terminarse y de que estas *Lecciones* no han finalizado aún^b se encuentra, a mi entender, en el sector de los actos procesales, sin duda porque ni los más acérrimos enemigos de la unidad de nuestra disciplina pueden negar la identidad esencial que ofrece la inmensa mayoría de las piezas con que se arma el mecanismo procesal en sus diversas ramas. Mas si esas coincidencias existen, y en buen número, no autorizan, sin embargo, para exhibir cada uno de los libros generales de Carnelutti como calco o adaptación del precedente. *Las Lezioni di Diritto Processuale Civile*, uno de los cuatro pilares sobre los que se alzó la fama inicial de Carnelutti como procesalista,^c fueron un trabajo de exploración y de sondeo, hasta el extremo de que sus cuatro primeros volúmenes, comprensivos de la introducción y del proceso de conocimiento, vieron la luz en una endemoniada impresión litográfica, que le daba aspecto de *apuntes* para estudiantes, aun no poseyendo ni por su extensión ni por sus audacias revolucionarias las cualidades que suelen repütarse propias de los libros *de texto*, los cuales con frecuencia son sólo *detestables*. El éxito alcanzado por esos tomos litografiados debió disipar los temores del autor en cuanto a una acogida incomprensiva, y ya los tres últimos volúmenes, o sea, los relativos al proceso de ejecución, fueron producto linotípico, sin que hasta la fecha se haya escrito sobre la materia de los mismos ninguna otra sistematización tan fundamental y completa. El *Sistema*, que quedó truncado, porque el estado de la reforma procesal italiana le hizo a Carnelutti suspender la aparición del tomo IV (procedimiento de ejecución) hasta la promulgación del nuevo código y luego, en vigor éste (del que acabó siendo uno de los coautores), desistir de escribirlo, para consagrarse a las *Istituzioni*, significa una superación de las *Lezioni*, relegadas a la categoría de antecedente, proyecto o borrador de aquél,

e Istituzioni del nuovo processo civile italiano (1ª ed., un vol., Padova, 1941; 3ª, dos tomos, Roma, 1942).

^b Después de redactado este prólogo se publicó en Italia el volumen IV de las *Lezioni* (Roma, 1949), que se tradujo al mismo tiempo que los tres primeros. Véase mi reseña del mismo en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", cit., núm. 43, julio-septiembre de 1949, pp. 188-90, que constituye el complemento del presente prólogo —ahora, en "Miscelánea Procesal", tomo I, pp. 159-62—.

^c Los otros tres lo son, a mi entender, la monografía *La prova civile* (1ª ed., Roma, 1915; 2ª ed., s. f. —1947—, con apéndice de Augenti, muy útil para seguir la evolución del pensamiento carneluttiano entre ambas tiradas —AD.: Traducida por mí: Buenos Aires, 1955—), su labor como director efectivo e infatigable de la "Rivista di Diritto Processuale Civile" (desde 1946, "Rivista di Diritto Processuale", con abreviación del título y ampliación del contenido), y su *Progetto del codice in procedura civile presentato alla sottocommissione reale per la riforma del codice di procedura civile* (Padova, 1926; I, "Del processo di cognizione"; II, "Del processo di esecuzione").

y supone en la total producción del autor su libro más ambicioso y personal, lo mismo en el plan distributivo que en la dogmática, ambos encarrilados por rutas muy distintas de las habituales. Las *Istituzioni*, además de asentarse en un nuevo ordenamiento positivo, a saber: el vigente código de 1940, en contraste con el de 1865, que sirvió de base a las *Lezioni* y al *Sistema*, implica la condensación del pensamiento carneluttiano, liberado de los excesos analíticos (minucias, digresiones, desbordamientos y... *capilarismos*) que, a veces, perjudican el desarrollo concentrado y rectilíneo en aquéllas y, sobre todo, en éste. Un solo volumen en las primeras ediciones y dos a partir de la tercera (reelaborada a fondo) hacen de las *Istituzioni* para quien no disponga de tiempo o de preparación que le permitan profundizar en el *Sistema*, el libro de más recomendable consulta para conocer el pensamiento procesal de Carnelutti. En cuanto a las *Lezioni sul Processo Penale*, disienten de las tres obras mencionadas, ante todo, por razón de la distinta materia procesal objeto de su estudio (civil en aquéllas y penal en ésta) y, en segundo lugar, en atención a numerosas peculiaridades, de las que en las líneas siguientes intentaré destacar las de mayor relieve.

3) La piedra angular de la doctrina procesal carneluttiana ha sido durante años y decenios el concepto de *lite* (o *litis* o *litigio*, como el lector prefiera). Esa noción, que para Carnelutti constituye el elemento extra o meta procesal a cuya justa composición está adscrito el proceso,⁴ experimenta cambios muy perceptibles en las cuatro obras a que me vengo refiriendo. En la primitiva elaboración del concepto, o sea, la correspondiente a las *Lezioni di Diritto Processuale Civile* y a algunos artículos de los años 1927 a 1930,⁵ Carnelutti acepta, por un lado, la existencia de un proceso sin litigio (aunque como tipo anómalo o excepcional) y extiende, por otro, su idea-clave al ámbito del enjuiciamiento penal. Cuando poco después, Cortesia di Serego publica su excelente monografía *Il processo senza lite* (Padova, 1930), Carnelutti la saluda, en el prólogo, con verdadero alborozo, tanto por emanar de un discípulo, como por tratarse de "un libro carneluttiano" (pág. V);⁶

⁴ Cfr. *Lezioni Dir. Proc. Civ.*, núms. 13, 14 y 44-7, y *Sistema*, núms. 16, 57, 82, 83, 410 c y 519 b.

⁵ Cfr. *Lezioni Dir. Proc. Civ.*, núms. 28, 76 y 89; *Sulla "reformatio in peius"* (en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1927, I, pp. 181-8); *Lite e funzione processuale* (rev. cit., 1928, I, pp. 23-37); *Lite e processo* (rev. cit., 1928, I, pp. 99-105); una *Postilla* al artículo de Paoli, *La nozione di lite nel processo penale* (rev. cit., 1930, I, pp. 63-74 éste y 74-7 aquélla); *Ancora sulla lite nel processo penale* (rev. cit., 1930, I, pp. 245-8, que son también una "Postilla", ahora al artículo de Invrea, *La servitù del giudicato* —pp. 223-44—). En fecha más reciente, con motivo de la promulgación del código procesal civil de 1940, de que él fue uno de los redactores, Carnelutti ha vuelto sobre el tema, en una nueva nota acerca de *Lite e processo*, publicada, como la otra, en rev. cit., 1941, I, pp. 348-50. *AD.: Lite e funzione processuale y Lite e processo*, cit., no son sino la réplica de Carnelutti a otros tantos artículos de Calamandrei, asociados bajo el común denominador de *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti*, a saber: I, *Lite e giurisdizione* y II, *Lite e processo*, ambos en rev. cit., 1928, I, pp. 3-22 y 89-98.

⁶ Años después, sin embargo, Carnelutti censuraba a Di Serego en forma despiadada,

pero a partir de ese instante, su entusiasmo por una tesis que representa "un absurdo y suicida torpedo" dirigido por él mismo "contra el cimiento de su construcción procesal",⁶ disminuye a todas luces: en el *Sistema*, como arrepintiéndose, califica de proceso *impropio* a la figura y casi llega a reconocer que pertenece a la jurisdicción voluntaria,⁷ cuando en rigor entre ésta y el proceso con litigio, "no hay sitio para un proceso sin litigio, que no sea ni contencioso ni voluntario";⁸ en las *Istituzioni*, por último, ha desaparecido inclusive el epígrafe "processo senza lite", mientras que se mantienen el contencioso y el voluntario, al segundo de los cuales, y no a aquél, se aplica ahora, aunque con reservas, el adjetivo *impropio*, y se le ensancha, además, hasta abarcar los procesos sobre estado civil, que pueden surgir "sin litigio".⁹

4) En cuanto al trasplante del concepto al proceso penal, Carnelutti se valió con tal fin de una fórmula iusprivatista a todas luces y, en consecuencia, inaprovechable,¹⁰ que fue, con razón, combatida, en vez de haber imaginado el litigio con la amplitud necesaria para ser referido, como él mismo entiende, a cualquier proceso, sea "jurisdiccional o ejecutivo, civil, administrativo o penal".¹¹ Al aparecer las actuales *Lezioni*, sin rectificarse abiertamente, salva la dificultad de seguir concibiendo el proceso penal como destinado a la composición justa de un conflicto entre particulares, mediante el doble expediente de esfumar —no de borrar del todo: cfr., por ejemplo, los números 60 y 61 de la obra— la noción de litigio, tan vigorosa en sus tres exposiciones procesales civiles, y, a la vez, de presentar el juicio criminal

arrojándolo desde las alturas de la cima a las profundidades de la sima: véase su reseña del libro *La sentenza inesistente* (Verona, 1938) de su excomulgado discípulo, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1938, I, p. 345.

⁶ Alcalá-Zamora, *Proceso, auto composición y autodefensa* (México, 1947; 2ª ed. 1970), núm. 80 (p. 135).

⁷ Cfr. los núms. 80 d y 81 b, e y f del mismo.

⁸ Alcalá-Zamora, *ob. cit.*, p. 136. También Couture, quien en su primera obra —*El divorcio por voluntad de la mujer* (Montevideo, 1931)— acogió la tesis carneluttiana, parece estar de retorno respecto del proceso sin litigio, y en su *Proyecto de código de procedimiento civil* (Montevideo, 1945) incluye la declaración de incapacidad, que sería el prototipo de la figura (cfr. Carnelutti, *Lezioni Dir. Proc. Civ.*, núm. 89; *Sistema*, núm. 89 c), en la jurisdicción voluntaria (parte primera, libro V, título III). AD.: Acerca del mencionado proyecto, véanse los tres trabajos míos mencionados *supra*, en la nota 6ª de la reseña 223.

⁹ Cfr. *Istituzioni*, núms. 3, 4, 17, 18 y 23 (tanto de la primera como de la tercera edición) así como el núm. 24 de ésta (p. 23), sin equivalente en aquélla. Añadiré que las dudas acerca de la índole procesal del proceso sin litigio se manifiestan en Carnelutti desde el primer momento, y en las *Lezioni Dir. Proc. Civ.* (cfr. núm. 89, vol. II, p. 134) casi acepta que sea un "seudo-proceso", un "proceso impropio" o un "proceso formal".

¹⁰ El concepto de litigio penal se esboza en los artículos citados en la nota 5, principalmente en la p. 31 de *Lite e funzione processuale*, y se recoge en el *Sistema*, al afirmarse que si "el delito es la violación de una obligación, no puede existir duda de que el fondo del proceso penal está constituido por el conflicto de intereses entre el imputado y la parte lesionada" (núm. 79 j). Para la crítica de esta noción, Alcalá-Zamora, *ob. cit.*, pp. 15-7.

¹¹ Prólogo al libro de Di Serego, p. VI.

como "la fusión de un proceso contencioso con uno voluntario" (entiéndase: de jurisdicción de esta clase).¹² Y ese carácter voluntario aparece destacado con especial relieve en una nota jurisprudencial posterior del propio Carnelutti.¹³

5) ¿Qué razones ha tenido Carnelutti para proyectar sobre el enjuiciamiento criminal el discutidísimo concepto de jurisdicción voluntaria,¹⁴ habitualmente considerado, si no como integrante del proceso civil *stricto sensu* (a saber: el contencioso), sí como materia conexa o exclusivamente relacionada con él; en la doctrina y en los códigos? Antes de contestar la pregunta, recordaré que en 1900 Oetker se valió ya de la jurisdicción voluntaria a fin de explicar la singular índole del juicio monitorio penal, carente, a su entender, de relación jurídica (tesis ésta que el autor aceptaba como interpretativa de la naturaleza del proceso), debido a la ausencia o posposición del contradictorio en el mismo.¹⁵ La postura de Carnelutti es distinta de la de Oetker en dos fundamentales aspectos: a) en el de la amplitud respectiva, ya que el profesor de Roma extiende la noción al proceso penal en su conjunto, mientras que el procesalista alemán la restringía a una modalidad *sui generis* del mismo,^d y b) en el de que en tanto Oetker contraponía proceso (contencioso) y jurisdicción voluntaria —precisamente por no reputar al monitorio incluíble en el primero, lo incorporaba a la segunda—, Carnelutti denomina asimismo proceso al de carácter voluntario. Pero dejando a Oetker, veamos los argumentos en que se asienta la nueva tesis carneluttiana.

6) Carnelutti parte de que el proceso penal de conocimiento¹⁶ "obtiene a la vez dos resultados: el accertamiento¹⁷ del delito, o sea, de la ilicitud penal

¹² *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 60 (vol. I, p. 101).

¹³ Cfr. *La tutela del terzo nel processo penale* (en "Riv. Dir. Proc.", 1946, II, p. 41).

¹⁴ Cfr. mi trabajo *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (en "Studi in onore di Enrico Redenti", vol. I —Milano, 1951—, pp. 1-55). *AD.*: Reimpreso últimamente en mis "Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.", tomo I, pp. 115-65.

¹⁵ Cfr. su ensayo *Strafprozessbegründung und Strafklageerhebung* (en "Würzburger Festgabe für Dernburg", 1900), p. 120, citado por Bellavista, *Il processo penale monitorio* (Milano, 1938), p. 89. Creo que en el juicio monitorio, como en los demás procesos sin contradictorio (juicio en rebeldía o contumacial) o con él pospuesto (embargo preventivo, juicio ejecutivo, por ejemplo) existe relación jurídica, sólo que *nominal* o *latente*, en vez de *efectiva* o *presente*; para Bellavista, en cambio, esa relación sería *retardada* (cfr. *ob. cit.*, pp. 85 y 110), en virtud de razones que no me parecen convincentes (cfr. mi comentario *Acerca del juicio monitorio penal* —en "Ensayos de Derecho Procesal" —Buenos Aires, 1944—, pp. 248-9).

^d Véase también Crispigni, *La natura fiuridica dei provvedimenti relativi alle persone penalmente irresponsabili* (en "Rivista di Diritto e Procedura Penale", 1911, & 9), citado por Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4ª ed. (Napoli, 1928), p. 313, nota 1.

¹⁶ A él se circunscribe el autor en los pasajes que a continuación recogemos, sin aludir siquiera al de ejecución, acaso por la complejidad normativa de ésta (cfr. *infra*, núm. 12).

¹⁷ Acerca de esta traducción de "accertamento", precisamente exigida por las consideraciones que a propósito del concepto formula Carnelutti en el *Sistema*, cfr. mi *Adición a los núms. 45 y 46* del mismo. *AD.*: Reimpresa y ampliada en mis *Cuestiones de Terminología Procesal* (México, 1972), núm. 44.

de un hecho, y el accertamiento de lo ilícito civil, es decir, de la ilicitud civil del propio hecho”, de tal manera que “su contenido va más allá del accertamiento del delito con fines exclusivamente penales”. “Esta observación —prosigue— es fundamental para la definición de su carácter en orden a la distinción, formulada por la teoría general del proceso, entre proceso *contencioso* y proceso *voluntario*”. Bien miradas las cosas, “se descubre que si respecto de la ilicitud civil el proceso penal puede ser contencioso, en cambio le falta ese carácter cuando se trata de la ilicitud penal”. Confiesa a continuación que en sus primeros intentos de sistematizar la teoría general del proceso, creyó también que el proceso penal tenía carácter contencioso; y atribuye el que considera error suyo, por un lado, a no haber diferenciado su doble contenido, civil y penal, y por otro, a haber confundido litigio y controversia. Debido a ello, se equivocó, según él, dos veces al determinar el contenido puramente penal del proceso que nos ocupa: la primera, cuando le asignó carácter contencioso y la segunda, cuando lo consideró como un tipo intermedio entre el proceso contencioso y el voluntario. En definitiva, y tras establecer que si en el proceso penal cupiese escindir el contenido penal y el no penal, el primero de ellos sería un verdadero proceso no contencioso, y tras afirmar la analogía entre el proceso punitivo y el de interdicción de una persona (*AD.*: Destacada asimismo, más tarde, por Allorio: véase *supra*, reseña doble 224-225), llega a la conclusión de que no siendo posible dicho aislamiento, por ser “inseparables” las consecuencias civiles y las penales del delito, y porque sobre las de ambos sectores pronuncia “inseparablemente” el juez penal, “al proceso penal debe reconocerse, no tanto carácter *intermedio* entre el contencioso y el no contencioso, como carácter *mixto*”, puesto que representa “la fusión de un proceso contencioso con uno voluntario”.¹⁸

7) Hasta aquí, reproducido con la mayor fidelidad, el pensamiento actual de Carnelutti acerca de la índole del proceso penal. En realidad, éste aparece en él como un fenómeno de estricta jurisdicción voluntaria, desde el momento en que el carácter mixto se lo imprime el contenido civil, de tipo contencioso, que el autor considera inseparable de aquél. ¿Lo es en rigor? A mi entender, éste es el talón de Aquiles de la original construcción levantada por el profesor de Roma, y la escindibilidad de *uno y otro litigio* (según yo, que resulto más carneluttiano que el propio Carnelutti en este aspecto), o como ahora prefiere en las *Lezioni*, del *litigio* civil (contencioso) frente a la *controversia* penal (voluntaria), es perfectamente posible lo mismo en el terreno doctrinal que en la esfera legislativa,¹⁹ sin que por ello desconozca

¹⁸ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 60 (vol. I, pp. 100-1).

¹⁹ En el *doctrinal*, por el manifiesto desdén de los penalistas hacia una materia para cuyo análisis acaso no se sientan con preparación adecuada; en el *legislativo*, por la serie de casos en que una y otra responsabilidad pueden funcionar desligadas (cfr. por lo que respecta a España, los núms. 104-5 de mi estudio *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, pp. 493-5 del citado volumen de “Ensayos” —*AD.*: Reimpreso y ampliado como *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962—; en cuanto a Italia, véanse los arts. 22-8 del código procesal penal de 1930).

la existencia de delitos que tienen por contenido único o principal el daño; ²⁰ pero tales hipótesis no son la regla, sino la excepción, y aun ésta neutralizada por la contraexcepción de los delitos no originadores de daño.²¹ Siendo evidente lo que acabo de afirmar, ¿cómo ha podido Carnelutti sostener lo contrario? Dos explicaciones pudieran darse a su actitud: una, la de que milita en las filas de quienes por consideraciones teóricas, que en la práctica de diversos países han dado resultados opuestos a lo previsto, propugnan la publicisticación —permítaseme la palabreja— de la responsabilidad civil inherente al delito; ²² la otra, hacia la cual me inclino, la de que no siendo aprobechable su noción de litigio penal para ser referida al conflicto principal que en el correspondiente proceso se debate (a causa, como dije, de la definición privatista de que hizo objeto a aquél), en vez de rectificarla y ampliarla, que habría sido lo procedente, ha preferido intentar su soldadura con la “controversia” penal. Pero esa soldadura, además de no ser autógena, sino heterogénea, no engendra esos inseparables hermanos siameses que Carnelutti nos presenta, sino, a lo sumo, un hermano (litigio civil) y una hermana (controversia penal) gemelos, que pueden caminar por separado, aunque su origen haya sido común.

8) Ahora bien: sea o no cierta esa inseparabilidad entre el contenido civil y el penal del proceso punitivo, veamos en qué se basa Carnelutti para colocar al último bajo el signo de la jurisdicción voluntaria. Para diucidar la naturaleza de ésta, cabe seguir, en mi opinión, tres senderos: el de la jurisdicción, el de la cosa juzgada... y el del litigio. El maestro ha optado por el segundo —yo, también aquí más papista que el Papa, habría emprendido el tercero— y considera que la “cosa juzgada es el resultado característico del proceso civil de conocimiento”, el cual se traduce en la *inmutabilidad* del juicio del juez (en el sentido de sentencia y no de proceso), cuya finalidad consiste en establecer la certeza. Conforme a la teoría general del proceso —en rigor, a tenor de su visión carneluttiana—, esos dos aspectos de la cosa juzgada, es decir, la *imperatividad* y la *inmutabilidad* del juicio,²³ se corres-

²⁰ Como sucede, ante todo, con el delito de daños, muchas veces tan difícil de diferenciar de los daños meramente civiles, o bien con los de contrabando y defraudación en detrimento de la hacienda pública.

²¹ Por ejemplo, en España, hasta la sentencia de 6 de diciembre de 1912 (en contra de la de 6 de diciembre de 1882), recaída en un ruidoso proceso por difamación periodística, la jurisprudencia había entendido que los delitos contra el honor no originaban responsabilidad civil. Es más: ante el tráfico repugnante de que en ocasiones son objeto de honestidad y honor en los correspondientes procesos, acaso fuese más decoroso volver a la primera interpretación. Un honor sometido a tarifas y a regateos, deja de ser ese patrimonio del alma, exaltado por Calderón.

²² Cfr. Alcalá-Zamora y Levene h., *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, 1945), tomo II, pp. 94-6.

²³ Carnelutti emplea estas palabras en un sentido muy personal. Otros autores hablan de *indiscutibilidad* e *impunabilidad*, o bien refieren la *inmutabilidad* a la cosa juzgada en sentido material (cfr., por ejemplo, Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo II —Madrid, 1925—, pp. 412, 417 y 455; Rosenberg, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 2ª ed. —Berlín, 1929—, p. 481; Goldschmidt, *Derecho Procesal Civil* —Barce-

ponden con el sentido material y con el formal de la institución. Para Carnelutti, "la cosa juzgada material representa la eficacia del juicio fuera del proceso, o sea, respecto a todos; la cosa juzgada formal, dentro del proceso, a saber, respecto de cualquier otro juzgador, puesto que cuando y donde un primer juez haya juzgado, no puede volver a juzgar". De ahí deduce que la cosa juzgada formal ofrece el peligro del error judicial, y a fin de conjurar semejante riesgo, no se llega a ella de una manera inmediata, sino a través de la vía impugnativa. La exigencia de certeza, determinante de la cosa juzgada, se hace sentir esencialmente en el proceso contencioso y, por tanto, es natural que se extienda al contenido civil del proceso penal, por lo mismo que en él existe o puede existir litigio; pero como el contenido penal del proceso punitivo pertenece a la jurisdicción voluntaria, no existe respecto de él la exigencia de certeza, e incluso en el campo del enjuiciamiento civil, la cosa juzgada sólo se aplica al proceso contencioso y no al voluntario.²⁴ Y Carnelutti concluye afirmando que la extensión de la cosa juzgada a todo el proceso penal no se justifica, ya que significaría la renuncia a corregir el error judicial en la determinación de la pena, y que debe circunscribirse al contenido civil del mismo, frente al cual se explica que la necesidad de justicia se incline ante la necesidad de certeza.²⁵

9) El ataque a la cosa juzgada penal, en los términos que acabo de resumir, no es ninguna novedad carneluttiana, aunque sí es original de las *Lezioni* el modo de lanzarlo. Sin ir más lejos, hace ya bastantes decenios que los dos más eminentes penalistas españoles de los tiempos modernos —Pedro Dorado Montero y Luis Jiménez de Asúa— combatieron la cosa juzgada con argumentos que, además de no ser irrefutables, olvidaban la garantía de estabilidad jurídica que la misma representa en cualquier orden del enjuiciamiento, y acaso en mayor medida en el penal, por su alcance *erga omnes*, en contraste con el *inter partes* que, como regla, posee en lo civil.²⁶ Mas prescindiendo de esos antecedentes o de esa coincidencia, diré que, o no he captado bien el pensamiento de Carnelutti en este punto, o me parece descubrir en el mismo una cierta contradicción, porque si conforme a su tesis, el contenido civil y el penal del proceso criminal son "inseparables", ¿cómo cabe entonces que la cosa juzgada, meta y culminación de la fase de conocimiento, les afecte de tan distinto modo, o mejor dicho, deba circunscribirse al primero, sin abarcar al segundo?; ¿cómo es posible, dada la inescindibilidad que el autor

fona, 1936—, pp. 309-11 y 386 y ss.; Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata* —Padova, 1937—, pp. 3 y 6). De acuerdo en este punto con la terminología de Carnelutti, Liebman, en *Eficacia y autoridad de la sentencia* —(Buenos Aires, s. f. —1946—), p. 56.

²⁴ Dada la característica revocabilidad de las resoluciones recaídas en la jurisdicción voluntaria: cfr. arts. 1818 de la ley de enjuiciamiento civil española, 897 del código de procedimientos civiles mexicano para el Distrito Federal o 742 del de procedimiento civil italiano de 1940.

²⁵ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 61 (vol. I, pp. 101-3).

²⁶ Cfr. los núms. 17 y 25 (especialmente las notas 56, 101, 107 y 109-11) de mi trabajo *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* (pp. 195-6 y 212-6 de mis citados "Ensayos"), donde se puntualizan los pasajes oportunos de Dorado y de Asúa.

proclama, que uno se extinga y el otro subsista o reaparezca?; ¿no sería más lógico pensar que entre ambos contenidos lo que media, y no siempre (cfr. *supra*, nota 19), es una asociación procedimental más o menos intensa²⁷ dentro de un proceso penal en curso? En otro sentido, aun en el caso de que Carnelutti hablase con la mente puesta en el futuro y no en el presente del derecho penal, habría que meditar mucho si los inconvenientes de abolir en la esfera de la justicia criminal la cosa juzgada no son mayores que las problemáticas ventajas de cambio tan radical, y si en el supuesto de llevarlo a cabo, habría de extenderse a todas las sanciones o sólo a algunas. Creo, a este último propósito, que lo que las penas determinadas a *posteriori* (por consiguiente, no todas ni siquiera la mayoría en el estado actual de la lucha contra el crimen) y las medidas de seguridad requerirán será completar el cuadro tradicional de identidades de la cosa juzgada (objeto, causa, persona y legitimación) con una nueva que se refiera a la subsistencia de las circunstancias o factores condicionantes de la aplicación de las mismas.²⁸ Por lo demás, el derecho procesal, en mayor medida aún el penal que el civil, dispone de medios para subsanar las discordancias máximas entre cosa juzgada y realidad, cuando el mantenimiento de la primera resulte incompatible con la segunda.²⁹

10) Si he dedicado especial atención al examen de la concepción carneltutiana que imagina el proceso penal como perteneciente a la jurisdicción voluntaria, es porque la considero como el rasgo más saliente y, a la vez, como el más propenso a la polémica de su presente libro; pero la nota de originalidad se advierte asimismo en otros muchos extremos de la obra. En la imposibilidad, por razones de espacio, de reseñarlos todos, destacaré en los apartados inmediatos algunos de los más importantes y peculiares.

11) La denominación más generalizada hoy en día de nuestra disciplina es la de *derecho procesal penal*. Sin ser inobjetable, como no lo es casi ninguna de las que designan las diversas ramas del derecho,³⁰ tiene a su favor

²⁷ Hasta el extremo que, por ejemplo, en España, incluso cuando marchan acopladas, la responsabilidad civil se tramita en pieza separada (cfr. arts. 590 y 619 de la ley de enjuiciamiento criminal).

²⁸ Es decir, mientras, verbigracia, subsista la alcoholización o la toxicomanía, en tanto el vago no adquiera hábitos de trabajo o, en general, hasta que el reo no se corrija del vicio o inclinación determinantes de la medida.

²⁹ Así sucede con el recurso de revisión, la amnistía (aunque suele responder a otros propósitos), el indulto, el perdón y hasta, en ocasiones, leyes privilegiadas. En cambio, el revisionismo judicial desenfrenado ofrece peligros que no es posible silenciar u olvidar (cfr. Alcalá-Zamora, *Miscelánea de libros procesales*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1943, II, pp. 392-3, nota 13; *supra*, reseña 15).

³⁰ Cfr. Alcalá-Zamora y Levene, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, pp. 51-3, en las que teniendo en cuenta que junto al proceso penal en que se imponen penas, exista otro en que se apliquen tan sólo medidas de seguridad —es decir, pensando en la dualidad proceso represivo-proceso preventivo, e inclusive en la plena sustitución de aquél por éste (cfr. Dorado Montero, *Del derecho penal represivo al preventivo: Ojeada de conjunto sobre la situación actual del derecho penal*, en "Revista General de Legislación", 1896-8, y luego en "Estudios de Derecho Penal Preventivo", Madrid, 1901: *AD.*: Véase la 2ª ed., citada en

el común asenso de sus cultivadores. Frente a una tendencia tan sobremedida difundida, Carnelutti introduce un cambio que por limitarse a la colocación de los adjetivos podría reputarse minúsculo, pero que tiene en su pensamiento mucho mayor envergadura: en el número 1º de la obra (véase también el 8º) habla, no de derecho procesal penal, sino de derecho *penal procesal*, porque a su entender, el *derecho penal material* —que debiera llamarse derecho criminal³¹— habría de contentarse con prever los delitos, mientras que la aplicación de las penas sería el objeto del *derecho penal procesal* o *procedimiento penal*, nombre éste último muy desvalorizado en el terreno doctrinal, por la notoria insuficiencia de su contenido estricto para abarcar en conjunto el enjuiciamiento criminal, pero que el profesor de Roma no tiene inconveniente en aceptar.³² No deja de ser curioso en este punto que figurando en la portada la rúbrica *Lezioni sul Processo Penale*, al iniciarse el texto se le asigne como objeto la aplicación de la pena, mediante la señalada inversión de adjetivos o, mejor dicho, y con permiso de los gramáticos, mediante la substantivación del verdaderamente calificativo, ya que en el epígrafe “derecho procesal penal”, procesal hace veces de sustantivo, como lo confirma precisamente el título *externo* de la obra, mientras que en el *interno* es penal quien desempeña ese papel. La congruencia habría exigido entonces que el libro se denominase *Lezioni sulla Pena Processuale*, por lo mismo que en contraste con el derecho penal material, cuyo objeto se restringiría al *delito*, el derecho penal procesal tendría como objeto la *pena*.³³ Por otra parte, derecho penal procesal sería, en realidad, la parte del derecho penal material que se ocupa de los delitos y, correlativamente, de las penas que atañen al desarrollo del proceso, sean o no privativos de mismo (falso testimonio, prevaricación o cohecho judiciales, retardo malicioso en el ejer-

la nota 99, vol. I, pp. 281-380) —, sugerí la denominación *Derecho procesal sancionador*, aun no estando tampoco ella a cubierto de reproches.

³¹ Como, en efecto, le han llamado más de una vez tratadistas de diversos países, sobre todo durante el siglo xx. Recordemos también, además del título que lleva la obra fundamental de Dorado Montero (véase nota 99), que en la esfera legislativa procesal el código francés de 1808 se denomina de “instrucción criminal”, y este calificativo acompaña asimismo a la ley de enjuiciamiento española de 1872, a la compilación de 1879 y a la vigente ley de 1882. *AD.*: En cambio, el nuevo código francés que acaba de reemplazar al citado de 1808, o sea, el de 1958-59, se llama de “procédure pénale”. Acerca de éste, véase mis “Estudios Procesales”, pp. 227-43.

³² Sobre la insuficiencia del término “procedimiento”, cfr. nuestro *Derecho Procesal Penal*, tomo I, pp. 16-20. Naturalmente, esa insuficiencia no justifica, en manera alguna, la reacción antiprocedimentalista de algunos autores modernos (cfr. Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, pp. 108-9).

³³ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 1 y 8 (vol. I, pp. 23, 24 y 33). Y en el estudio preliminar sobre *La lotta del diritto contro il male* se leen estas palabras: “Entre el derecho penal material y el procesal es, pues, inevitable una rectificación de confines. La teoría de la pena debe pasar del último capítulo del derecho penal material al primero del derecho penal procesal” (vol. *cit.*, p. 8). Más aún: Carnelutti entiende que debiera llamarse, simplemente, derecho *penal* al procesal y derecho *criminal* al sustantivo (cfr. vol. I, p. 7).

cicio de la jurisdicción, etc.), es decir, abstracción hecha de su cualidad de comentario, semejante denominación cuadraría no a estas *Lezioni* de Carnelutti, sino a un volumen como el de Leto Morvidi, *Delitti contro la pubblica amministrazione e contro l'amministrazione della giustizia* (Padova, 1933).

12) La observación consignada en el *Sistema*, según la cual el carcelero e incluso el verdugo deben ser contemplados como órganos de la ejecución procesal penal,³⁴ hemos de considerarla como antecedente del intento, esbozado en el número 6 de las *Lezioni* y que supongo será desenvuelto en los todavía no aparecidos volúmenes de éstas que traten la materia, de acomodar el estudio de los *establecimientos penales* en la sistemática del derecho procesal penal y de completar su exposición, con fines didácticos, mediante inspecciones en aquéllos. Si Carnelutti logra triunfar en una empresa erizada de dificultades, por ser zona en la que interfieren actividades y conocimientos penales, procesales y penitenciarios, habrá resuelto el arduo problema de la ejecución penal, cuya compleja naturaleza llevó hace años a Hafter a postular la existencia de un derecho ejecutivo penal, distinto del penal material y del procesal penal y que cerraría con ellos el triángulo de las ciencias jurídico-penales.³⁵

13) Dentro del volumen I tiene capital importancia el estudio de las *medidas*, a las que Carnelutti consagra desde la página 39 a la 92. Con mi maestro Jiménez de Asúa aprendí que dentro del género *sanción*, se contraponían la *pena* y la *medida de seguridad*. No es ésta, sin embargo, la idea de Carnelutti, para quien "medida" pasa de especie a género, comprensivo de dos sectores, las "*asegurativas*", que tienden a la "*prevención*" del delito³⁶ y las "*penitenciales*", que sirven para la "*represión*" del mismo. Medidas asegurativas y penitenciales se dividen, a su vez, en diferentes clases,³⁷ conforme a una catalogación personalísima que incluye, por ejemplo, entre las de "aislamiento", la pena de muerte, junto a la reclusión y al arresto (cfr. núms. 41-46), y como una subdivisión de las "medidas de sufrimiento espiritual" (cfr. núm. 40). El análisis detenido de la sanción en una obra de derecho

³⁴ Cfr. *Sistema*, núm. 62; véase, además, *infra*, núm. 17.

³⁵ Cfr. su *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes* (Berlín, 1926), § 1, donde el derecho ejecutivo penal recibe el nombre de *Strafvollzugsrecht*.

³⁶ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 13 y 14. No estará de más aclarar que el código penal italiano de 1930 sólo conoce medidas de seguridad para combatir la peligrosidad delictiva (cfr. su art. 202, con las salvedades, muy relativas, de los arts. 49 y 115), habiendo sido una ley española, la de vagos y maleantes de 1933, seguida luego por diversas leyes y proyectos americanos (cfr. mis *Ensayos*, pp. 224-34), la primera que en el mundo ha hecho uso de ellas para luchar contra el estado peligroso sin delito. *AD.*: Con fecha de 27 de diciembre de 1956 se promulgó en Italia una ley, fuertemente influida por la española de vagos, acerca de las medidas de prevención aplicables a las personas peligrosas para la seguridad y la moralidad públicas.

³⁷ Las primeras, en *directas* (subdivididas en coercitivas, obligatorias —como si las otras no lo fuesen también— e interdictivas) e *indirectas*; las segundas, en *corporales* (fracionadas en de sufrimiento físico y de sufrimiento espiritual, y éstas, a su vez, en de aislamiento y de humillación) y *patrimoniales*.

procesal penal representa una de las novedades más llamativas de las *Lezioni* y una de las que más las diferencian de cualquier otro libro sobre la materia.

14) Atribuye Carnelutti al proceso penal de conocimiento una finalidad de *acertamiento*³⁸ del delito; pero no de carácter *mero* o *simple*, sino de índole *constitutiva*, porque mientras “un hecho puede ser un contrato aun con independencia del juicio del juez civil y, por tanto, mediante la sola virtud del juicio concorde de las partes producir los efectos de un contrato, no cabe, por el contrario, que un hecho pueda ser delito sin el juicio del juez penal”, y este acertamiento es, a su vez, el *prius* para la aplicación de la pena.³⁹ La última afirmación traduce el viejo principio *nulla poena sine iudicio*⁴⁰ y confirma que toda sentencia de condena, como lo es la estimatoria penal, implica o presupone acertamiento. En cambio, la primera resulta más discutible, sobre todo cuando el autor la completa, y sostiene que un hecho es sólo delito cuando se le aplique *pena*:⁴¹ el juez penal puede declarar, y lo hace en ocasiones, la existencia de un delito y, sin embargo, no imponer pena, por mediar alguna circunstancia que lo impida (v.gr., prescripción o amnistía respecto de causas pendientes), por hallarse autorizado para el perdón o por otorgar éste el ofendido. En otro sentido, el delito tiene existencia propia, abstracción hecha de su acertamiento judicial, y la revisión en contra del infundadamente absuelto lo demostraría,⁴² si semejante comprobación hiciese falta. En todo caso, destacaré que la división procesal civil —acaso, civil sólo— de las acciones y de las sentencias⁴³ en declarativas (de acertamiento), constitutivas y de condena,⁴⁴ es trasplantada por Carnelutti al enjuiciamiento criminal, si no por vez primera,⁴⁵ sí, desde luego, conforme a un planeamiento original.

15) De acuerdo a un tiempo con su concepción privatista del litigio pe-

³⁸ Cfr. nota 17.

³⁹ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 56 y 57 (vol. I, pp. 93-4 y 95).

⁴⁰ Salvo la eventualidad, patológica pero no desconocida, de la autodefensa estatal: cfr. Alcalá-Zamora, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, núm. 25.

⁴¹ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 56 (vol. I, p. 94).

⁴² Puesto que entonces no se habría impuesto pena, pese a la existencia del delito, que se sancionaría mediante el proceso de revisión ulterior. Acerca de la revisión en contra, cfr. § 362 de la ordenanza procesal alemana de 1877 (texto de 1924), y lo que acerca de ella digo en *Ensayos*, pp. 386-7 y 492, y en *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (sobretiro de “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1945), núm. 38 —ahora, en mis “Estudios Procesales”, pp. 115-66—.

⁴³ Decimos “acaso civil, sólo”, porque en rigor no lo es de acciones, sino de pretensiones: cfr. Alcalá-Zamora, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (en “Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina” —Buenos Aires, 1946—; ahora, en “Ests. Teor. Gral. Hist. Proc.”, tomo I, pp. 317-73), núm. 16. Por su parte, Carnelutti, con aditamento de un nuevo miembro, el *dispositivo*, ha referido la clasificación del texto al proceso y no a la acción o a la sentencia: cfr. *Sistema*, núms. 40-46, c *Instituzioni*, 1ª ed., núms. 30-34.

⁴⁴ En su *Sistema* (cfr. núms. 42 y 43), Carnelutti incluye el proceso penal entre los de condena.

⁴⁵ Ya que por lo menos se le anticipó Massari: véase *infra*, nota 65.

nal (cfr. *supra*, núm. 4) y con su tesis de la inseparabilidad entre el contenido civil y el penal del mismo (cfr. *supra* núm. 6), Carnelutti reputa partes en sentido substancial al damnificado y al dañante. A tal fin, se basa en la distinción entre parte en el proceso y parte en el delito (entre parte y litigante, diríamos en términos carneluttianos del *Sistema*), y asegura que “precisamente porque dañante y damnificado son partes en el delito, no lo son en el proceso”.⁴⁶ Como regla, no cabe duda de que el dañante y el damnificado son parte en sentido substancial...⁴⁷ aunque no del delito, sino del daño y correlativamente son partes en el proceso, pero no del penal, respecto del cual podrían, además, permanecer al margen (cfr. nota 19), sino del secundario o accesorio relativo a la responsabilidad civil.

16) Otra llamativa singularidad de las *Lezioni* consiste en incluir entre los *giudadores* (“giudicanti”, cfr. núm. 99) al ministerio público, al defensor, y, por supuesto, al juez. ¿Por qué? Pues porque “el juez no juzga por sí solo”, ya que “frente a él están otras dos personas, que se llaman ministerio público y defensor”.⁴⁸ Que frente al juez, o ante él, se encuentren esas dos figuras del proceso penal pertenece, en términos generales, a la categoría de lo indudable; pero que juzguen, en la acepción jurisdiccional del concepto, se me antoja harina de otro costal, y creo que Carnelutti pisa terreno más firme cuando en el *Sistema* muestra el ministerio público como magistratura requirente, en contraste con la jurisdicente.⁴⁹ Las afinidades, que llegan a identidades en algunos aspectos legislativos, entre ministerio público y judicatura son esencialmente orgánicas, es decir, administrativas, mientras que desde el punto de vista funcional, o sea, procesal, aquél se encuentra junto a las partes (aun siendo ajeno al litigio), por lo mismo que desempeña un cometido requirente.⁵⁰ Todavía, no contento con reputarlo juzgador, Carnelutti se ocupa bajo el epígrafe “ministerio público” (cfr. núms. 100-104) —reemplazado al efecto por “Acusación penal”— de la acusación privada, a propósito de la cual consigna, por cierto, razonamientos que justifican su existencia y revela asimismo cómo, donde no se la admite, cual sucede en Italia, el actor civil la ejercita de hecho, porque “el estímulo del interés ofendido por el delito... actúa con frecuencia con mayor energía que el deber del ministerio público”.⁵¹ Añadiré aún que el autor, al ocuparse de la acusación

⁴⁶ *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 72 (vol. I, p. 125). Acerca de la distinción entre litigante (“sujeto del litigio”, o sea parte en sentido substancial) y parte (como “sujeto de la acción”), cfr. los núms. 120, 133 y 147 del *Sistema*. El contraste podría también enunciarse hablando de *parte litigante* y *parte accionante*.

⁴⁷ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 71 y 72 (vol. I, pp. 123-5). Digo “como regla”, porque los sujetos de la responsabilidad civil pueden ser distintos del ofensor y de la víctima del delito (véanse las remisiones consignadas en la nota 19).

⁴⁸ *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 99 (vol. I, p. 153).

⁴⁹ Cfr. *Sistema*, núms. 144 y 145.

⁵⁰ Cfr. Alcalá-Zamora, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, p. 379, y *Programa de Derecho Procesal Civil* (México, 1948), p. 17.

⁵¹ *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 101 (vol. I, p. 155). Véase también nuestro *Derecho Procesal Penal*, tomo II, pp. 25-30.

pública, llega a diferenciar en el concepto de parte, no dos sentidos (material y formal), como la generalidad de los procesalistas hasta ahora, sino cuatro: los dos mencionados, más el *substancial* y el *instrumental*,⁵² si bien en capítulos anteriores tan sólo había hablado del segundo y del tercero.⁵³

17) En el vasto conjunto de elementos instrumentales subjetivos o personales (cfr. núm. 92) que Carnelutti engloba bajo el nombre de *oficio judicial* (cfr. núms. 93 y 97), contraponen los *juzgadores* (a los que acabo de referirme) y los *asistentes judiciales*, o si abandonamos la traducción literal por la equivalencia terminológica, los auxiliares. Los asistentes o auxiliares se agrupan en tres clases: de la *instrucción*, de la *administración* y de la *decisión*. Integran el primer sector la policía judicial y los peritos; éstos, de acuerdo con una trayectoria carneluttiana que por lo menos se remonta a las otras *Lezioni*, las de *Diritto Processuale Civile*,⁵⁴ y conforme a la cual, la pericia es arrancada del cuadro de la prueba y se la examina como cumpliendo una función de auxilio al juez.⁵⁵ La asistencia en cuanto a la que el autor denomina *administración* penal,⁵⁶ abarca cuatro subdivisiones, según que los auxiliares intervengan en la *formación de las pruebas* (núms. 121-4), en la *transmisión de actos* (núms. 125-7), en la *custodia* (de cosas o de personas: núms. 128-30) y en el *auxilio manual* (núms. 131-2), grupo éste en el que incluye al verdugo, acerca del cual afirma, por cierto, que "su función consiste no tanto en matar al condenado a muerte, como en realizar sobre el cuerpo del condenado las operaciones quirúrgicas necesarias para obtener la ejecución de la pena de muerte, o, donde exista, la de la pena de mutilación".⁵⁷

⁵² Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 102 y 71, respectivamente (vol. I, pp. 158 y 124). Añadiré que al ocuparse de la parte en sentido substancial, Carnelutti desearía, de acuerdo con una contemplación "realística" del proceso, encajar dentro de los elementos del mismo al público asistente a las audiencias, en gran parte compuesto de parientes y amigos de los contendientes (cfr. núm. 72, p. 126).

⁵³ A las partes en sentido formal las subdivide en *principales* y *accesorias* (cfr. núms. 76 y 86 de las *Lezioni Proc. Pen.*).

⁵⁴ Cfr., en efecto, el núm. 174 (vol. III, pp. 52-62) de las mismas o los núms. 209 y 675 del *Sistema*. Más aún: la idea de que el perito es un auxiliar se advierte ya en germen en *La prova civile* (cfr. pp. 86-9 de la 2ª ed.; *AD.*: o bien pp. 73-5 de su traducción castellana), y la evolución del pensamiento de Carnelutti en este punto puede seguirse en el capítulo XXI (pp. 284-5) del apéndice redactado por Augenti a la última de las obras citadas (*AD.*: pp. 238-9 de la traducción).

⁵⁵ Para la crítica de esta posición, cfr. nuestro *Derecho Procesal Penal*, tomo III, pp. 120-2. A favor de la tesis de Carnelutti, en cambio, Sentís Melendo, *El perito tercero* (en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1945, II, pp. 27, nota 15, y 29-30, nota 21).

⁵⁶ Por "administración procesal" (concepto sobre el que se vuelve en el núm. 350) entiende Carnelutti la "determinación de condiciones favorables para que el proceso penal, o sea, en definitiva la obra del juez, alcance su finalidad" (núm. 120; vol. I, p. 191).

⁵⁷ *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 132 (vol. I, p. 201).

• Para la crítica de semejante concepción del verdugo, véase lo que digo en *Estampas procesales de la literatura española* (discurso de recepción, todavía inédito, en el "Instituto Mexicano de Derecho Procesal", el 15 de enero de 1959), al desarrollar la titulada "Conciencia profesional y afecto familiar aunados en un verdugo". *AD.*: Impresas en Buenos Aires, 1961.

18) Dentro de la prueba, materia con la que se cierra el volumen I, destacan, por un lado, la antes señalada segregación de la pericia (cfr. *supra*, núm. 17) y, por otro, la especial atención prestada al análisis de las *contraseñas*, ya tenidas en cuenta en el *Sistema*⁵⁸ y que tan singular importancia alcanzan en el enjuiciamiento criminal. Carnelutti las clasifica en *personales y reales*. Las primeras comprenden, a su vez, tres sectores: *identidad, cualidad y prestación*, mientras que las segundas abarcan cuatro: *identidad, cualidad, procedencia y uso*.⁵⁹

19) El volumen II está consagrado a las *relaciones del proceso*. En él Carnelutti adopta la doctrina de la relación jurídica como explicativa de la naturaleza del proceso; pero como tantos otros tratadistas, la entiende a su manera.⁶⁰ Para él, el "proceso no es una relación jurídica, sino que la implica, o mejor dicho, sería un haz (*fascio*) de relaciones jurídicas", del mismo modo que "la máquina no es una relación, sino que implica un conjunto de relaciones entre los elementos que la componen". Ese sistema de relaciones procesales se desenvuelve siguiendo dos grandes directivas, a saber: la *acción* y la *jurisdicción*, la primera encarrilada desde las partes hacia el juez y la segunda en sentido inverso. En otros términos: la acción marcharía desde la periferia al centro, y la jurisdicción desde éste a aquélla. Además, en tanto el concepto de jurisdicción habría surgido en el terreno del proceso penal, el de acción tendría su origen en el campo del enjuiciamiento civil.⁶¹ Se acepte o se rechace esta postrera tesis, Carnelutti estima que las relaciones entre acción y jurisdicción sirven para diferenciar la *actividad judicial o procesal* respecto de la *legislativa* y de la *administrativa*, con las que tienen de común "el fin de producir derecho", de acuerdo "con el resultado de los más modernos estudios acerca de las fuentes del ordenamiento jurídico". También esta profesión de fe kelseniana podría ser discutida;⁶² mas no es ese mi propósito actual y sí sólo el de destacar la diferencia que, pese a dicha identidad de fin, descubre Carnelutti entre las tres actividades mencionadas: en la *legislativa*, el derecho se produce *super partes* y, por consiguiente, no hay acción; en la *administrativa*, *inter partes* y, por tanto, hay sólo acción; en la *judicial* o procesal, se combinan la jurisdicción (del juez) y la acción (de las partes), la segunda como *medio* o *causa* de la primera, que aparece a su vez como *fin* y *efecto*.⁶³

⁵⁸ Cfr. sus núms. 295 y 321; véase también el 154 de las *Istituzioni* (1ª ed.). En cambio, no se ocupa de ellas en las *Lezioni Dir. Proc. Civ.* (cfr. núm. 152), como tampoco en *Prova civile* (cfr. núm. 25; pp. 139 y ss. de la 2ª ed.; *AD.*: o bien, pp. 118 y ss. de su traducción castellana).

⁵⁹ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 151 (vol. I, p. 227).

⁶⁰ Cfr. a este propósito Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage* (Berlín, 1925), pp. 1-4 *AD.*: 2ª ed., Aalen, 1962.

⁶¹ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 163 y 164 (vol. II, pp. 5, 6 y 7).

⁶² Como recientemente lo ha sido en la Argentina por Soler (cfr. su folleto *Los valores jurídicos* -Buenos Aires, 1948-) frente a uno de los más destacados paladines de la idea, el profesor Carlos Cossío.

⁶³ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 165 (vol. II, pp. 8 y 9).

20) En contraste con la mayoría de los procesalistas penales, que prescinden de *clasificar las acciones penales* (en rigor, procesales-penales), por ser idéntica la finalidad de todas ellas,⁶⁴ Carnelutti acomete la empresa, pero no a la manera, por ejemplo, de Massari, que trasplantó al enjuiciamiento criminal la división civilista en declarativas, constitutivas y de condena,⁶⁵ sino mediante la que podríamos denominar segmentación funcional de la misma, o sea, en atención a "los cuatro cometidos diversos y sucesivos que satisface". Conforme a este enfoque, la acción penal puede tener por sucesivo objeto: a) provocar el accertamiento del delito (*acción introductiva*); b) poner a disposición del juez los elementos subjetivos y objetivos, a fin de que no se dispersen (*acción cautelar*); c) proponer al juez las razones para el accertamiento (*acción consultiva*), y d) provocar el reexamen de las resoluciones — "*provvedimenti*" — (*acción impugnativa*).⁶⁶ La duda de si para tener completo el cuadro de sus proyecciones sucesivas no habría que añadir una quinta posibilidad, la de la *acción ejecutiva* (al menos, respecto de esa responsabilidad civil que el autor liga inseparablemente a la penal: *supra*, núm. 6), o si dadas las características de la ejecución penal, en ella no cabría hablar de acción, por procederse en la misma *ex officio*, la resuelve más adelante Carnelutti, cuando al examinar la *jurisdicción* la divide en instructoria, decisoria y *ejecutiva* (cfr. núms. 233 y 286).

21) La *acción introductiva* tiene, ante todo, por objeto someter el presunto culpable al juzgador y se manifiesta principalmente a través de la *denuncia*, pero sin identificarse ambos conceptos, ya que junto a ésta se encuentra la que el autor designa como *demanda de procedimiento*, que se desdobra en *permiso de proceder* y *orden de proceder*.⁶⁷ La peculiarísima *querella máxima*⁶⁸ de las legislaciones hispánicas sería, pues, una simple acción introductiva, y se resolvería así el problema de sus relaciones con la acción penal.⁶⁹

⁶⁴ La acción penal es única, se repite en este sentido: cfr., por ejemplo, Florian, *Elementos de Derecho Procesal Penal* (Barcelona, 1934), p. 177, o bien nuestro *Derecho Procesal Penal*, tomo II, p. 69.

⁶⁵ Cfr. sus trabajos *La norma penale* (Napoli, 1913), pp. 214 y ss.; *Lineamenti del processo penale italiano* (*Corso di lezioni universitarie: 1926-1927*) (Napoli, s. f.), p. 30; *Il processo penale nella nuova legislazione italiana* (Napoli, 1934), pp. 21, 22 y 347-8. † Véase, sin embargo, *supra*, núm. 14 *in fine*.

⁶⁶ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núm. 168 (vol. II, p. 18).

⁶⁷ Cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 169 y 174 (vol. II, pp. 18, 19 y 26). A propósito de la orden de proceder, Carnelutti destaca el absurdo legislativo operado mediante la reforma sufrida en 1944 por el artículo 74 del código procesal penal y a tenor del cual, "el juez no puede proceder por sí si el ministerio público calla, pero puede proceder si habla, para decir que no se debe proceder" (*ob. cit.*, núm. 185; vol. II, p. 49).

⁶⁸ La distinción entre querella mínima y querella máxima la establecemos en nuestro *Derecho Procesal Penal*, tomo II, p. 329, y es adoptada por Camaño Rosa, en *La instancia del ofendido* (Montevideo, s. f. —1947—), p. 81. (*AD.*: Obra rescñada por nosotros en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 37, enero-marzo de 1948, pp. 216-9; ahora, en "Miscelánea Procesal", tomo I, pp. 130-3).

⁶⁹ Naturalmente, aplicando a la querella máxima las consideraciones que Carnelutti consigna acerca de la querella mínima de su país (cfr. *Lezioni Proc. Pen.*, núms. 177-80).